

Werner Steudel

Verfahrensrechtliche Möglichkeiten bei der
Bewältigung von Interessenkonflikten zwischen
dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Betriebsrat

Diss. Bremen

1985

Reproduktion und Druck:
A. Leinberger, Buch- und Offsetdruckerei
Bahnhofstraße 14
6105 Ober-Ramstadt

Werner Steudel:

Verfahrensrechtliche Möglichkeiten bei der Bewältigung
von Interessenkonflikten zwischen dem einzelnen Arbeit-
nehmer und dem Betriebsrat

Diese Arbeit hat dem Promotionsausschuß Dr. jur. der Universität Bremen als Dissertation unter dem Titel "Verfahrensrechtliche Möglichkeiten bei der Bewältigung von Interessenkonflikten zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Betriebsrat" vorgelegen. An dem Promotionsverfahren haben Prof. Dr. Hagen Lichtenberg (Bremen) und Prof. Dr. Ninon Colneric (Bremen) als Gutachter mitgewirkt. Das Kolloquium hat am 14. Dezember 1984 stattgefunden.

Inhaltsverzeichnis:

A. Einleitung.....	
I. Aufgaben des Betriebsrates im Allgemeinen.....	
II. Die verschiedenen Arten der Beteiligungsrechte des Betriebsrates	
III. Fehlerhafte Ausübung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten.....	
IV. Notwendigkeit der Untersuchung aus der ständigen Erweiterung der Rechte des Betriebsrates im Laufe der letzten 100 Jahre.....	1
B. Erstes Kapitel:	
Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers.....	1
I. Originäre Leistungsansprüche.....	1
II. Abänderung von Leistungsansprüchen mit negativen Folgen für einen einzelnen Arbeitnehmer.....	2
1. Abänderung von individuellrechtlichen Ansprüchen durch eine Betriebsvereinbarung und ihre Folgen.....	2
2. Abänderung von einer Betriebsvereinbarung durch eine andere verschlechternde Betriebsvereinbarung und ihre Folgen.....	2
III. Schadensersatzansprüche des einzelnen Arbeitnehmers.....	2
1. Grundlagen für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen.....	2
a) Anspruch wegen Verletzung eines der absolut geschützten Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB).....	2
b) Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Schutzgesetzverletzung.....	3
c) Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung.....	3
d) Grundlagen für Ansprüche gegen einzelne Betriebsratsmitglieder aus analoger Anwendung von Schadensersatznormen.....	3
2. Probleme im Zusammenhang mit allen Schadensersatzansprüchen.....	3
3. Probleme bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen.....	4
C. Zweites Kapitel:	
Prozessuale Reaktionsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitnehmers gegen Entscheidungen des Betriebsrates.....	4
I. Stellung des Arbeitnehmers im eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach §§ 80 ff ArbGG	5
1. Herleitung der Beteiligtenstellung aus dem Arbeitsgerichtsgesetz.....	5
2. Auslegung und Hintergrund des im Arbeitsgerichtsgesetz normierten Anhörungsrechts.....	5
a) Charakteristik des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens.....	5
aa) Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren als ein Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit...	5

bb)	Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren als ein Verfahren der Zivilgerichtsbarkeit.....	57
cc)	Lösung bzgl. der Zuordnung zu einer Gerichtsbarkeit.....	58
b)	Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens..	61
c)	Vergleich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens mit dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	63
aa)	Vergleich der terminologischen Bezeichnungen...	64
bb)	Die Verweisungen im Bereich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens auf das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren.....	66
cc)	Vergleich des Verfahrensablaufes und -inhaltes des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens mit den Vorschriften und Maximen der FGG.....	67
dd)	Historische Betrachtung.....	70
ee)	Zusammenfassendes Ergebnis.....	71
3.	Konsequenzen des an Hand der Auslegung und Feststellung des Hintergrundes gefundenen Ergebnisses für die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers.....	71
4.	Grenzen des Kreises der betroffenen Arbeitnehmer.....	74
a)	Eingrenzung aus dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren.....	76
b)	Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör...	79
5.	Besonderheiten bei dem von der verweigerten Zustimmung des Betriebsrates zu einer Einstellung betroffenen Arbeitnehmer.....	81
II.	Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers, wenn das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren vom Arbeitgeber nicht eingeleitet wird.....	85
1.	Eigenes Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers...	85
a)	Gesetzliche Regelung des Antragsrechtes	85
b)	Bildung eines Antragsrechtes des Arbeitnehmers durch richterliche Rechtsfortbildung.....	86
c)	Konsequenzen des erarbeiteten Ergebnisses.....	91
d)	Zusammenfassung.....	93
2.	Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers gegen den (potentiellen) Arbeitgeber auf Einleitung des arbeitsrechtlichen Beschlußverfahrens.....	94
a)	Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bzw. das Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses als Ansatz für einen Anspruch.....	95
b)	Herleitung eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber aus einem Vergleich mit Regelungen des Verfahrens vor der Einigungsstelle.....	100
c)	Anspruch aus einem Vergleich mit zivilrechtlichen Verträgen, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen.....	102
d)	Probleme des Rechtsbedürfnisses.....	103
e)	Zusammenfassendes Ergebnis.....	105
3.	Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat auf Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens.....	107
4.	Konsequenz des erarbeiteten Ergebnisses im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit.....	108

a) Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....	111
aa) Die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes als geschütztes Rechtsgut.....	112
bb) Das Recht auf einen Arbeitsplatz bzw. dessen Beschaffung als geschütztes Rechtsgut.....	116
b) Verstoß gegen das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG).....	119
aa) Die Verletzung eigener Rechte.....	119
bb) Die Verletzung als Akt öffentlicher Gewalt.....	121
cc) Besonderheiten aus der Tatsache der Mittelbarkeit des Eingriffs.....	124
dd) Zusammenfassendes Ergebnis.....	127
c) Verstoß gegen das Übermaßverbot.....	127
III. Stellung des Arbeitnehmers im eingeleiteten Verfahren vor der Einigungsstelle.....	129
1. Rechtsnatur der Einigungsstelle.....	130
a) Die Einigungsstelle als ein Gericht.....	130
b) Die Einigungsstelle als eine staatliche Stelle.....	131
c) Die Einigungsstelle als privatrechtliche Institution.....	134
2. Das Verfahren vor der Einigungsstelle.....	135
a) Die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers im Verfahren vor der Einigungsstelle.....	136
b) Anhörungsrecht des betroffenen Arbeitnehmers.....	136
IV. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers bei nicht eingeleitetem Verfahren vor der Einigungsstelle.....	140
1. Eigenes Antragsrecht des Arbeitnehmers.....	140
2. Ansprüche gegen die Betriebspartner auf Einleitung des Verfahrens vor der Einigungsstelle.....	142
3. Konsequenzen des gefundenen Ergebnisses.....	143
a) Verstoß gegen das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG).....	144
b) Verstoß gegen das Übermaßverbot.....	145
V. Zusammenfassendes Ergebnis des zweiten Untersuchungsschwerpunktes.....	147

D. Drittes Kapitel:

Anregung für die Tätigkeiten der Gewerkschaften, die sich aus den Untersuchungsergebnissen ergeben.....	149
I. Lösungsmodelle der strittigen Punkte.....	149
II. Normierung der Lösungsvorschläge.....	152
III. Weiterer Ausblick und Anregung für die Tätigkeit der Gewerkschaft.....	154

Literaturverzeichnis

=====

- Achterberg, Norbert: Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot
in verfassungsrechtlicher Sicht in
Juristen-Zeitung 1975, Seite 713
- Adomeit, Klaus: Einstellungen und Entlassungen nach
dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in
Der Betrieb 1971, Seite 2360;
ergänzt durch: Kündigungen nach dem
neuen BetrVG in Der Betrieb 1972,
Seite 392
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs
Kommentar, 4. Bearbeitung (14. Auf-
lage) Berlin 1933
- Auffahrt, Fritz / Schönherr, Rudolf: Arbeitsgerichtsgesetz
Kommentar, Bielefeld Loseblattsamm-
lung, Stand November 1984
- Badura, Peter: Grundfreiheiten der Arbeit in Fest-
schrift für Friedrich Berber,
Seite 11, München 1973
- Bächle, Hans-Ulrich: Der Weiterbeschäftigungsanspruch
während des Kündigungsschutzprozesses
in Neuer Juristischer Wochenschrift
1979, S. 1693
- Bärmann, Johannes: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notar-
recht Berlin, Heidelberg, New York 1968

- Barz, Hans / Brönner, Herbert / Klug, Ulrich / u.a.:
Aktiengesetz, Großkommentar, 1. Band,
2. Halbband (zitiert I/2), 3. Auf-
lage, Berlin / New York 1973
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan /
Hartmann, Peter: Zivilprozeßordnung,
Kommentar, 43. Auflage, München 1985
(zitiert: Verfasser in Baumbach /
Lauterbach)
- Benner, Jürgen: Grenzen der Haftung der Betriebsrats-
mitglieder in Arbeit und Recht 1955,
Seite 165
- Bettermann, Karl August: Die Rechtsweggarantie des
Art. 19 Abs. 4 GG in der Recht-
sprechung des Bundesverfassungsge-
richts, in Archiv des öffentlichen
Rechts, Band 96 (1971), Seite 528
- Bettermann, Karl August / Nipperdey, Hans Karl: Die
Grundrechte (Vierter Band, 2. Halb-
band) Berlin 1962
- Biedenkopf, Kurt: Anmerkungen zum Betriebsverfassungsge-
setz 1972 in Betriebs-Berater 1972,
Seite 1513
- Bitzer, Walter: Das Verfahren in Arbeitssachen,
Köln 1956

- Blanke, Thomas / Erd, Rainer / Mühlenberger, Ulrich /
Stascheit, Ulrich: Kollektives Arbeitsrecht, Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland, Band I, Hamburg 1975
- Blomeyer, Wolfgang: Besprechung des Kommentars zum Arbeitsgerichtsgesetz von Grunsky, Wolfgang, 1. Auflage, München 1976 in Juristenzeitung 1976, Seite 733
- Blomeyer, Wolfgang: Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen in Gedächtnisschrift für Rudolf Dietz, Seite 147, München 1973
- Bobrowski, Paul / Gaul, Dieter: Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band I, Band II, 7. Auflage Heidelberg 1979
- Bobrowski, Paul : Die Geschäftsordnung des Betriebsrats in Der Betrieb 1957, Seite 21
- Boewer, Dietrich: Die Auswirkungen der §§ 99, 100 BetrVG auf die individualrechtliche Stellung des Arbeitnehmers in Recht der Arbeit 1974, Seite 72
- Brändel, Claus: Einstweilige Friedensregelungen in kollektiven Arbeitsrechtsstreitigkeiten, Hamburg 1966
- Brill, Werner: Kosten und Sachaufwand des Betriebsrats gemäß § 40 BetrVG in Der Betrieb 1977, Seite 2139

Brill, Werner / Derleder, Peter: Zur zivilrechtlichen Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder in Arbeit und Recht 1980, Seite 353

Brox, Hans / Rütters, Bernd: Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965

Buchner, Herbert: Die persönliche Verantwortlichkeit der Betriebsratsmitglieder für rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse in Festschrift für Gerhard Müller, Seite 93, Berlin 1981

Bulla, Gustav-Adolf: Vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts in Recht der Arbeit 1965, Seite 121

Bumiller, Ursula / Winkler, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Auflage, München 1980

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971

Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht, Reinbek 1976

Däubler, Wolfgang: Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Neuwied / Darmstadt 1978

Däubler, Wolfgang / Mayer-Maly, Theo: Negative Koalitionsfreiheit, Tübingen 1971



- Däubler, Wolfgang: Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung ? in Arbeit und Recht 1984, S. 1
- Dersch, Hermann / Volkmar, Erich: Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 6. Auflage, Berlin / Frankfurt 1955
- Dietz, Rolf: Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Auflage, Berlin / München 1967
- Dietz, Rolf: § 49 BetrVG 1952 und seine Bedeutung für die Zusammenarbeit im Betrieb - vor allem in Bezug auf die Beteiligungsrechte in Recht der Arbeit 1969, Seite 1
- Dietz, Rolf / Nikisch, Arthur: Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar München / Berlin 1954
- Dietz, Rolf / Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 1973
zitiert (5. Auflage), 6. Auflage,
1. Band, §§ 1 - 73, München 1981,
2. Band, §§ 74 - Schluß, München 1982
- Dütz, Wilhelm: Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung in Zeitschrift für Arbeitsrecht 1972, Seite 247

- Dütz, Wilhelm: Die gerichtliche Überprüfung der Sprüche von betriebsverfassungsrechtlichen Einigungs- und Vermittlungsstellen, Bielefeld 1966
- Dütz, Wilhelm: Verfahrensrecht der Betriebsverfassung in Arbeit und Recht 1973, Seite 353
- Dütz, Wilhelm: Zwangsschlichtung im Betrieb - Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem BetrVG 1972 in der Betrieb 1972, Seite 383
- Dütz, Wilhelm / Säcker, Franz-Jürgen: Zum Umfang der Kostenerstattungs- und Kostenvorschußpflicht des Arbeitgebers gemäß § 40 BetrVG in Der Betrieb 1972, Beilage Nr. 17/72 zu Heft Nr. 41
- Dunkl, Johann Hermann: Der Begriff und die Arten der Beteiligten im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 42, Berlin 1979
- Erichsen, Hans-Uwe / Martens, Wolfgang: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Berlin / New York 1983

- Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht Band I,
Allgemeiner Teil, Teilband 2, (zitiert: Esser-Schmidt, Schuldrecht AT I 2); 5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1976
- Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Auflage, München 1980
- Fabricius, Fritz: Zur Dogmatik des " sonstigen Rechts " gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Archiv für die civilistische Praxis 160 (1961), Seite 273
- Fabricius, Fritz / Kraft, Alfons / Thiele, Wolfgang / Wiese, Gunther: Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, Darmstadt, Loseblattsammlung, Stand März 1984
- Falke, Josef / Höland, Armin / Rhode, Barbara / Zimmermann, Gabriele: Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Max-Planck-Institut Hamburg 1982 (zitiert: Falke in Forschungsbericht)
- Fenn, Herbert: Dispositions- oder Offizialmaxime im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren in Festschrift für Gerhard Schiedermair, Seite 117, München 1976
- Fischer, Robert: Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971

- Fitting, Karl / Auffahrt, Fritz / Kaiser, Heinz:
Betriebsverfassungsgesetz, Handkommen-
tar, 14. Auflage, München 1984
- Frey, Erich: Die arbeitsrechtliche Stellung der
Betriebsratsmitglieder in Arbeit und
Recht 1956, Seite 269
- Frotz, Gerhard: Die rechtsdogmatische Einordnung der
Haftung für culpa in contrahendo in
Gedenkschrift für Franz Gschnitzer,
Seite 163, Aalen 1969
- Galperin, Hans: Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 -
Ein Leitfaden für die Praxis, Heidel-
berg 1972
- Galperin, Hans: Der Regierungsentwurf eines neuen
Betriebsverfassungsgesetzes, Düssel-
dorf 1971
- Galperin, Hans / Löwisch, Manfred: Kommentar zum
Betriebsverfassungsgesetz, Band I,
6. Auflage, Heidelberg 1982
- Galperin, Hans / Löwisch, Manfred: Kommentar zum
Betriebsverfassungsgesetz, Band II,
6. Auflage, Heidelberg 1982
- Galperin, Hans / Siebert, Wolfgang: Kommentar zum
Betriebsverfassungsgesetz (1952),
4. Auflage, Heidelberg 1963
- Gamillscheg, Franz: Arbeitsrecht I (Individualarbeits-
recht), 6. Auflage, München 1983

- Gamillscheg, Franz: Arbeitsrecht II (Kollektives Arbeitsrecht), 6. Auflage, München 1984
- Gester, Heinz: Die Haftung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer in Arbeit und Recht 1959, Seite 326
- Gester, Heinz: Die betriebsverfassungsgerechtlche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat, Düsseldorf 1959
- Gnade, Albert: Die Einigungsstelle nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Arbeit und Recht 1973, Seite 43
- Gramm, Hans: Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrats in Arbeitsrechtsblattei D, Betriebsverfassung VII 1975
- Großmann, Ruprecht / Schneider, Friedrich: Arbeitsrecht 5. Auflage, Bonn 1980
- Grunsky, Wolfgang: Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 4. Auflage, München 1981
- Habscheid, Walther J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit 6. Auflage, München 1977
- Hafner, Hans: Betriebsratstätigkeit und Haftung, Dissertation, Würzburg 1965

- Hagen, Horst: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt 1971
- Hamann, Andreas: Rechtliches Gehör im Anwaltsblatt 1958, Seite 141
- Hanau, Peter: Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung in Recht der Arbeit 1973, Seite 281
- Hanau, Peter: Gesetzliche und kollektivvertragliche Mitbestimmung in der Privatwirtschaft nach schwedischem Recht in Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Frankreich, Großbritannien, Schweden, Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 89, Frankfurt 1978
- Hanau, Peter: Der gleiche Zugang zur Beschäftigung in der Privatwirtschaft nach deutschem Recht in Festschrift für Sir Otto Kahn-Freund, S. 457, München 1980
- Herschel, Wilhelm: Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut in Recht der Arbeit 1960, Seite 121

- Hesse, Konrad: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland in Europäischer Grundrechtszeitschrift 1978, Seite 427
- Hesse, Konrad: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956
- Hinck, Klaus: Die Rechtsnatur des Betriebsrats und seine Haftung, Dissertation, Heidelberg 1953
- Hilger, Marie-Luise / Stumpf, Hermann: Ablösung betrieblicher Gratifikations- und Versorgungsanordnungen durch Betriebsvereinbarung in Arbeitsleben und Rechtspflege (Festschrift für Gerhard Müller), Berlin 1981
- Höhne, Gerhard: Zur praktischen Notwendigkeit ablösender Betriebsvereinbarungen in Recht der Arbeit 1983, S. 233
- Höland, Armin: Das Verhalten von Betriebsräten in der Kündigungssituation, Dissertation a. d. Freien Universität Berlin, noch nicht veröffentlicht
- Höland, Armin: Das Verhalten von Betriebsräten in der Kündigungssituation in Ellermann-Witt, Rolf / Rottleuthner, Hubert / Rüssig, Harald (Hrsg.) Kündigungspraxis, Kündigungsschutz und Probleme der Arbeitsgerichtsbarkeit, Opladen 1983 (zitiert: Höland in Kündigungspraxis)

Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Billigkeit im Arbeitsrecht,
München 1978

Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Rechtsstellung des Arbeit-
nehmers bei betriebsverfassungswidrigen
personellen Einzelmaßnahmen in Recht
der Arbeit 1982, Seite 205

Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar,
10. Auflage, München 1980

Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des
Arbeitsrechts, 2. Band, 6. Auflage
(zitiert 6 II), Berlin, Frank-
furt 1957

Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des
Arbeitsrechts, 2. Band, 1. Halbband,
7. Auflage, (zitiert 7 II 1), Ber-
lin, Frankfurt 1967

Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeits-
rechts 2. Band, 2. Halbband, 7. Auf-
lage (zitiert 7 II 2), Berlin, Frank-
furt 1970

Isele, Hellmut Georg: Reflexwirkung der Betriebsverfassung
im Individualbereich in Recht der Ar-
beit 1962, Seite 373

- Junker, Waltraud: Die Haftung des Betriebsrats, Dissertation, Köln 1965
- Kammann, Karl-Udo / Hess, Harald / Schlochauer, Ursula: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Darmstadt 1979
- Kammann, Karl-Udo: Zulässigkeit von Betriebsbußen in Der Betrieb 1969, S. 2132
- Kaskel, Walter: Haftung für Handlungen des Betriebsrats in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1921, Spalte 11
- Katz, Ernesto: Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz in Recht der Arbeit 1956, Seite 169
- Keidel, Theodor / Kuntze, Joachim / Winkler, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar Teil A, 11. Auflage, München 1978
- Koch, Hans-Joachim / Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre, München 1982
- Körnich, Jörn-Heiko: Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren in Betriebsverfassungssachen, Dissertation, Kiel 1969
- Kotthoff, Hermann: Betriebsräte und betriebliche Herrschaft, Dissertation, Freiburg 1979

- Kreutz, Peter: Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht 1972, Seite 44
- Krüger, Herbert: Der Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes vom 29. Januar 1971 und das Grundgesetz, Hamburg 1971
- Küchenhoff, Günther: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Münster 1979
- Külp, Bernhard: Grundfragen der Wirtschaft, Köln 1967
- Kunze, Otto: Bemerkungen zum Verhältnis von Arbeits- und Unternehmensrecht in Festschrift für Wolfgang Schilling, Seite 333, Berlin, New York 1973
- Lange, Heinrich / Köhler, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 1980

- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1983
- Leipold, Dieter: Die Einigungsstellen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Seite 273, Köln/Berlin/Bonn/München 1972
- Lepke, Achim: Die Antragsbefugnis im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren in Arbeit und Recht 1973, Seite 107
- Lepke, Achim: Rechtsschutzinteresse, Antragsrücknahme und Erledigung in arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren in De Betrieb 1975, Teil I, Seite 1938; Teil II, Seite 1988
- Lerche, Peter: Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutsches Verwaltungsblatt 1954, Seite 626

Löwisch, Manfred: Die Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach den §§ 84 und 85 BetrVG 1972 in Der Betrieb 1972, Seite 2304

Löwisch, Manfred: Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 75 Abs.2 BetrVG 1972) in Arbeit und Recht 1972, Seite 359

Löwisch, Manfred / Röder Gerhard: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 2. Juli 1980 in Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972

von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Band I, Berlin, Frankfurt 1957

Matthes, Hans-Christoph: Die Rechtsstellung des ohne Zustimmung des Betriebsrats eingestellten Arbeitnehmers in Der Betrieb 1974, Seite 2007

- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 23. Auflage, München 1980
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Scholz, Rupert: Grundgesetz Kommentar, München, Loseblattsammlung, Stand Oktober 1984
- Meisel, Peter G.: Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Schriften des Betriebs-Beraters, 4. Auflage, Heidelberg 1974
- Molitor, Erich: Der Arbeitsplatz in Betriebs-Berater 1952, Seite 493
- Müller, Falk Johannes: Die Rechtsnatur des Betriebsrats und des Personalrats und ihre Haftung nach dem BetrVG vom 11. Oktober 1952 und dem BetrVG vom 5. August 1955, Dissertation, Würzburg 1958
- Müller, G.: Die Ausformung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 9, 1972, Seite 23

- Müller, Gerhard: Zur Stellung der Verbände im neuen Betriebsverfassungsrecht in Zeitschrift für Arbeitsrecht 1972, Seite 213
- von Münch, Ingo: Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Auflage, München 1981 (zitiert: Verfasser in von Münch, GG-K); Band 2, 2. Auflage München 1983
- Neumann-Duesberg, Horst: Auswirkungen des Betriebsratsamtes auf die gegen Betriebsratsmitglieder möglichen Individualmaßnahmen des Arbeitgebers in Recht der Arbeit 1962, Seite 289
- Neumann-Duesberg, Horst: Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Neumann-Duesberg, Horst: Die Schweigepflicht des Betriebsrats und des Personalrats in Betriebs-Berater 1957, Seite 715
- Neumann-Duesberg, Horst: Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und schuldhaftes Mitverschulden bei fehlerhaften Betriebsratshandlungen in Juristischer Rundschau 1955, S. 205

- Niederalt, Werner: Die Individualrechte des Arbeitnehmers nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 (§§ 75, 81 ff)
Dissertation, München 1975
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 2. Band (Koalitionsrecht, Arbeitskämpfrecht und Tarifvertragsrecht), 2. Auflage, Tübingen 1959
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 3. Band (Betriebsverfassungsrecht) 2. Auflage, Tübingen 1966
- Nolting, Jörg-Axel: Die Haftung des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern unter besonderer Berücksichtigung von personellen Einzelmaßnahmen, Dissertation, Bielefeld 1981
- Obermayer, Klaus: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes in
Der Betrieb 1971, Seite 1715
- Ocker, Guenter: Haftung für Handlungen des Betriebsrats, Dissertation, München 1962
- Otto, Hansjörg: Einschränkungen des individuellen Kündigungsschutzes zugunsten der Mitwirkung des Betriebsrats?, in
Der Betrieb 1973, Seite 671
- Otto, Hansjörg: Nochmals: Kündigungen nach dem neuen BetrVG in Der Betrieb 1972, Seite 731

- Otto, Hansjörg: Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 44. Auflage, München 1985 (zitiert: Palandt-Verfasser)
- Pouyadou, Richard M.: Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Betriebsrat, München 1978
- Preuß, Bernhard: Haftung von Personalrats- und Betriebsratsmitgliedern, Dissertation, Köln 1969
- Pünnel, Leo: Die Einigungsstelle des BetrVG 1972, Neuwied / Darmstadt 1981
- Raiser, Thomas: Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969
- Reiß, Winfried: Die Rechtsbeziehung des Betriebsrats zum Arbeitnehmer und zur Belegschaft unter Berücksichtigung der Haftungsfragen, Dissertation, Würzburg 1971
- Reuscher, Fedor: Zur Wiedereinführung eines Beschlußverfahrens in " Betriebsstreitigkeiten ", in Betriebs-Berater 1949, Seite 422

- Rewolle, Hans-Dietrich: Die Rücknahme des Antrags in der
Beschwerde- und Rechtsbeschwerdein-
stanz Arbeit und Recht 1959, Seite 174
- Richardi, Reinhard: Betriebsratsamt und Gewerkschaft in
Recht der Arbeit 1972, Seite 8
- Richardi, Reinhard: Betriebsverfassung und Privatautono-
mie, Berlin/New York 1973
- Richardi, Reinhard: Eingriff in eine Arbeitsvertrags-
regelung durch Betriebsvereinbarung in
Recht und Arbeit 1983, S. 201; fortge-
führt in Recht und Arbeit 1983, S. 278
- Richardi, Reinhard: Kollektivgewalt und Individualwille
bei der Gestaltung des Arbeitsverhält-
nisses, München 1968
- Richardi, Reinhard: Die Mitbestimmung des Betriebsrats in
personellen Angelegenheiten in Zeit-
schrift für Arbeitsrecht 1972, Sonder-
heft, Seite 1
- Richardi, Reinhard: Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats
bei personellen Maßnahmen nach §§ 99,
100 BetrVG in Der Betrieb 1973,
Teil I, Seite 378; Teil II, Seite 428
- Rohlfing, Theodor / Rewolle, Hans-Dietrich: Arbeitsge-
richtsgesetz, Kommentar, Frankfurt 1979

Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz: Zivilprozeßrecht,
13. Auflage, München 1981

Rupp, Hans-Heinrich: Reform der Staatshaftung und Bundes-
zuständigkeit in Festschrift für Otto
Mühl, Seite 553, Stuttgart/Berlin/
Köln/Mainz 1981

Säcker, Franz-Jürgen: Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis
in Recht der Arbeit 1965, Seite 372

Säcker, Franz-Jürgen: Gruppenautonomie und Übermachtkon-
trolle im Arbeitsrecht, Schriften zum
Sozial- und Arbeitsrecht, Band 8, Ber-
lin 1972

Schenke, Wolf-Rüdiger: Rechtsschutz bei normativem Unrecht,
Berlin 1979

Schlosser, Peter: Gestaltungsklagen und Gestaltungsur-
teile, Bielefeld 1966

Schlosser, Peter: Urteilswirkung und rechtliches Gehör
in Juristenzeitung 1967, Seite 431

Schmidt, Folke: Die Reform des kollektiven Arbeits-
rechts in Schweden, Köln/Frankfurt 1978

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. Auflage,
Göttingen 1954

Schwerdtner, Peter: Die Garantie des Rechts auf Arbeit
- Ein Weg zur Knechtschaft ? in Zeit-
schrift für Arbeitsrecht 1977, Seite 47

Siebert, Wolfgang: Beiträge zum System des geltenden Ar-
beitsrechts in Recht der Arbeit 1959,
Seite 167

Söllner, Alfred: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Stutt-
gart 1981

Söllner, Alfred: Zur vertrauensvollen Zusammenarbeit
zwischen Betriebsvertretung und Ar-
beitgeber in Der Betrieb 1968,
Seite 571

Sorge, Siegfried: Die Haftung des Betriebsrates für
unerlaubte Handlungen in Arbeit und
Recht 1953, Seite 272

Staub, Hermann: Die positive Vertragsverletzung,
1. Auflage, Berlin 1904

- Stege, Dieter / Weinspach, Friedrich K.: Betriebsverfassungsgesetz Handbuch für die betriebliche Praxis, 5. Auflage, Köln 1984
- Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim / Leonhardt, Klaus: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1983
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980
- Teubner, Gunther: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978
- Weimar, W.: Haftet die Belegschaft für den Betriebsrat gemäß § 831 BGB ? in Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1949, Seite 229
- Weiss, Manfred: Zur Haftung des Betriebsrats in Recht der Arbeit 1974, Seite 269
- Weitnauer, Hermann: Zivilrechtliche Grundstrukturen im Betriebsverfassungsrecht in Festschrift für Duden, Seite 705, München 1977
- Werner, Fritz: Anmerkungen zu dem Urteil des Bundesfinanzhofes vom 1. Dezember 1954 in Juristenzeitung 1955, Seite 349

- Westermann, Harm Peter: Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 7. Auflage, 1. Band,
Münster 1981
- Wichmann, Fritz: § 83 Abs.1 Satz 1 ArbGG in der Recht-
sprechung des Bundesarbeitsgerichtes
in Arbeit und Recht 1975, Seite 294
- Wichmann, Fritz: Die Officialmaxime im arbeitsgericht-
lichen Beschlußverfahren in Arbeit und
Recht 1973, Seite 202
- Wichmann, Fritz: Über das Rechtsschutzinteresse im ar-
beitsgerichtlichen Beschlußverfahren
in Arbeit und Recht 1974, Seite 10
- Wichmann, Fritz: Zur Geschäftsgrundlage bei dem Bundes-
arbeitsgericht in Arbeit und
Recht 1974, Seite 203
- Wiese, Günther: Das arbeitsgerichtliche Beschlußver-
fahren, Kiel 1954
- Wiese, Günther: Individualrechte in der Betriebsver-
fassung in Recht der Arbeit 1973,
Seite 1
- Wilrodt, Hermann / Neumann, Dirk: Schwerbehindertengesetz,
Kommentar, 5. Auflage, München 1980

- Wolff, Hans J.: Organschaft und juristische Person
 Band 1: Juristische Person und Staats-
 person (zitiert: Band 1), Berlin 1933
 Band 2: Theorie der Vertretung
 (zitiert: Band 2), Berlin 1934
- Wolff, Hans J. / Bachof, Otto: Verwaltungsrecht I, 9. Auf-
 lage, München 1974
- Wolff, Hans J. / Bachof, Otto: Verwaltungsrecht II, 4. Auf-
 lage, München 1976
- Zöllner, Wolfgang: Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 1983

Die verwandten Abkürzungen folgen dem Abkürzungsverzeichnis von Kirchner.

(Kirchner, Hildebert/Kastner, Fritz: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflage, Berlin/New York 1983)

Insoweit beschränkt sich die folgende Aufstellung auf diejenigen Abkürzungen, die bei Kirchner nicht aufgeführt sind.

aaO	am angegebenen Ort
Bearb.	Bearbeitung
cic	culpa in contrahendo
ders.	derselbe
pFv	positive Forderungsverletzung
Rdnr	Randnummer
Vorbem	Vorbemerkung

Allgemein in der nichtjuristischen Umgangssprache gebräuchliche Abkürzungen sind nicht genannt.

A.) Einleitung:

Seit dem Anfang der deutschen Betriebsverfassungsgeschichte, die sich bis zur verfassungsgebenden Nationalversammlung in der Paulskirche zu Frankfurt in den Jahren 1848/1849 zurückverfolgen läßt, ging der Gesetzgeber als selbstverständlich davon aus ¹, daß die Arbeitnehmervertretungen immer zugunsten der von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer handeln, also die sich gegenüberstehenden Parteien die Arbeitgeber und die Interessenvertretungen sind; nicht aber diese und die Arbeitnehmerschaft oder einzelne Arbeitnehmer sich gegenüberstehen.

Konsequenterweise fehlen deswegen in den entsprechenden Gesetzen (z.B.: BetrVG, ArbGG) positive Regelungen für den Fall, daß der einzelne Arbeitnehmer, der mit einer Handlung seiner Interessenvertretung nicht einverstanden ist, in den für den Streitfall zwischen Arbeitgeber und Kollektivvertreter vorgesehenen Regelmechanismus eingreifen will. Zwar beinhaltet § 23 Abs. 1 BetrVG eine Sanktionsmöglichkeit; diese setzt aber die Beteiligung von einem Viertel der Arbeitnehmerschaft voraus und hat außerdem keinen Einfluß auf die Einzelmaßnahmen des Betriebsrates. In gleicher Weise fehlen in diesen Gesetzen Schadensersatzvorschriften, durch die der Arbeitnehmer seine Interessenvertretung für Fehlhandlungen haftbar machen könnte.

Dieser Zustand hat Richardi zu der etwas überspitzten Formulierung veranlaßt, daß der gesetzliche Perfektionismus dem Betriebsrat alles gebe, dem Arbeitnehmer, der vor den Betriebsstoren steht und Einlaß begehrt, dagegen fast nichts ².

1 zum geschichtlichen Überblick vgl. statt Thiele in GK-BetrVG, Einleitung Rdnr 1 ff; vgl. ebenfalls unten S. 16 f

2 Richardi in ZfA 1972, Sonderheft, S. 1 (19)

Gegenstand der Untersuchung soll daher die Darstellung der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten eines einzelnen Arbeitnehmers sein, der ihm ungünstige Entscheidungen seiner Vertretung, also des Betriebsrates, angreifen will. Dabei soll in einer kurzen Untersuchung dargestellt werden, daß der betroffene Arbeitnehmer praktisch keine durchsetzbaren Ansprüche gegen den Betriebsrat oder einzelne Mitglieder hat. Diese Untersuchung war bereits Gegenstand mehrerer Dissertationen¹. Die Arbeiten wurden mit Ausnahme der von Nolting zwar alle vor dem Inkrafttreten des BetrVG 1972 verfaßt; eine wesentliche Änderung hat sich aber - wie die Arbeit von Nolting zeigt - insoweit durch das BetrVG 1972 nicht ergeben.

Deshalb soll im eigentlichen Schwerpunkt der Arbeit untersucht werden, welche verfahrensrechtliche Reaktionsmöglichkeiten der einzelne Arbeitnehmer gegen Entscheidungen des Betriebsrates hat. Dabei soll zum einen untersucht werden, ob der betroffene Arbeitnehmer Beteiligter in dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren oder in dem Verfahren vor der Einigungsstelle ist. Zum anderen ist Gegenstand der Prüfung die Frage, inwieweit er in der Lage ist, die möglichen Verfahren, die Betriebsrat und Arbeitgeber nach BetrVG und ArbGG einleiten können, dies aber unterlassen, selbst einzuleiten. Sollte sich herausstellen, daß der Betroffene keine Möglichkeit hat, in das Verfahren einzugreifen, so wird eine Untersuchung im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit erforderlich werden. Derartige Erörterungen haben in keiner der oben erwähnten Dissertationen stattgefunden.

Ihren aktuellen Bezug findet diese Arbeit in einem Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 8. Dezember 1981², der eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Änderung von betrieblichen Versorgungsordnungen zum Nachteil der Arbeitnehmer durch eine ablösende Betriebsvereinbarung beinhaltet.

1 vgl. etwa Hinck, Heidelberg 1953, Müller, Würzburg 1958; Ocker, München 1962; Hafner, Würzburg 1965; Junker, Köln 1965; Preuß, Köln 1969; Reiß, Würzburg 1971; Nolting, Bielefeld 1981

2 DB 1982, S. 401⁴⁶ (46 ff), vgl. ebenfalls dazu BAG in JuS 1983, S. 401⁴⁶

Die Besonderheit dieses Verfahrens bestand darin, daß sich Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber einig waren, der Betriebsrat eines Unternehmensteiles sich mit der neuen Regelung aber nicht einverstanden erklärte und das Beschlußverfahren einleitete.

Das Bestehen eines Gesamtbetriebsrates stellt eine Ausnahme dar; im Regelfall wird eine Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und nicht zwischen Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber abgeschlossen. Durch das Bestehen mehrerer verschiedener Betriebsräte erhöht sich die Möglichkeit der Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens und damit einer gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Betriebsvereinbarung, da auch ein am Abschluß der Betriebsvereinbarung nicht Beteiligter, nämlich der Einzelbetriebsrat, das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einleiten kann. Diese Möglichkeiten bestehen in der Regel nicht, so daß sich für diesen Fall besonders die Frage aufdrängt, ob auch ein einzelner Arbeitnehmer als unbeteiligter, aber betroffener Dritter das Beschlußverfahren einleiten kann.

I. Aufgaben des Betriebsrates im Allgemeinen

Die Aufgaben des Betriebsrates ergeben sich in erster Linie aus den im BetrVG verstreuten Einzelbestimmungen, sowie den nach dem BetrVG möglichen Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen. Ein Katalog allgemeiner Aufgaben ergibt sich aus § 80 Abs. 1 BetrVG, aber auch aus § 75 BetrVG, der die Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen regelt. Diese allgemeinen Aufgaben beziehen sich auf sämtliche Tätigkeiten, d. h. den sozialen, den personellen und den wirtschaftlichen Bereich ¹.

1 Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 1 zu § 80 BetrVG

Das BetrVG beinhaltet einen allgemeinen Schutzauftrag des Betriebsrates zugunsten der Arbeitnehmer. Als Folge daraus ergibt sich ein Schutz von Individualinteressen des einzelnen Arbeitnehmers als Mitglied bzw. Teil des Kollektivs. Dieser Schluß wird durch den Katalog der allgemeinen Aufgaben in §§ 75 und 80 BetrVG untermauert. Deutlich wird dies vordergründig auch durch die Erwähnung des Einzelnen. Klar zum Ausdruck kommt dies bei der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach §§ 99 ff BetrVG, dessen Unterabschnittsüberschrift "Personelle Einzelmaßnahmen" schon einen Individualcharakter anzeigt¹. Allein die Erwähnung des Einzelnen läßt einen Schluß auf einen Interessenschutz zugunsten des Einzelnen nicht zu. Er ergibt sich aber aus dem Zweck der Mitbestimmung, wenn - wie z. B. bei dem Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG - die Ausübung der Mitbestimmung nur zugunsten eines einzelnen - nämlich des betroffenen - Arbeitnehmers erfolgen kann².

Bei der Bearbeitung seiner Aufgaben stellen sich für den Betriebsrat Konfliktsituationen der Gestalt ein, daß sich die Interessen des Kollektivs und die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers widersprechen können³.

Es zeigt sich bereits jetzt, daß zwar auch der Schutz einzelner Arbeitnehmer im BetrVG enthalten ist, eine Regelung bezüglich der Durchsetzbarkeit der Individualinteressen jedoch - abgesehen von den Mitwirkungs- und Beschwerderechten nach §§ 81 ff BetrVG, die aber in erster Linie nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln -, fehlt.

1 vgl. Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, S. 346 f, der - für das BetrVG 1952 - aus dem Sinn jedes einzelnen Mitbestimmungsrechtes entscheidet, ob der Individualschutz gewollt ist

2 vgl. dazu auch Thiele in GK-BetrVG, Einleitung, Rdnr 28

3 eine Konkretisierung der Konfliktfälle erfolgt im Kapitel über die fehlerhafte Ausübung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten

II. Die verschiedenen Arten der Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Die verschiedenen Beteiligungsrechte des Betriebsrates nach dem BetrVG von 1972 sind von unterschiedlicher Stärke. Unabhängig davon, ob man die Beteiligungsrechte in die vier Formen Unterrichtung, Anhörung, Mitwirkung und echte Mitbestimmung unterteilt ¹ oder nur eine Differenzierung in Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte vornimmt ², ist jedenfalls festzuhalten, daß bei der gewichtigsten Form der Beteiligung, der Mitbestimmung, eine Entscheidung des Arbeitgebers ohne den Betriebsrat nicht möglich ist, während die anderen Arten der Beteiligung nur formellen Charakter haben. Bei der sogenannten echten Mitbestimmung ist wegen der zwingend erforderlichen Mitarbeiter des Betriebsrates die Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen am ehesten durchsetzbar. In bestimmten Fällen - Hauptbeispiele dafür sind im Bereich der personellen Mitbestimmung die §§ 93 und 95 Abs. 2 BetrVG - hat der Betriebsrat ein Initiativrecht, d. h. er kann verlangen, daß eine Regelung getroffen wird und, falls der Arbeitgeber dem widerspricht, diese durch eine Entscheidung der Einigungsstelle erzwingen.

Abgeschwächt ist die echte Mitbestimmung in den Fällen, in denen dem Betriebsrat kein Initiativrecht zusteht, der Arbeitgeber aber dennoch Maßnahmen nur mit Zustimmung des Betriebsrates treffen kann, z. B. bei der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach § 99 BetrVG. Man spricht auch insoweit vom positiven Konsensprinzip ³. Daneben regelt das BetrVG Fälle, bei denen der Betriebsrat einer Maßnahme des Arbeitgebers unter bestimmten Gründen widersprechen kann (negatives Konsensprinzip), wobei die Wirksamkeit der Maßnahme unberührt bleibt. Der Widerspruch hat aber Konsequenzen bei den jeweiligen Verfahren vor dem Arbeitsgericht.

1 so etwa Kraft, GK-BetrVG, 2. Bearb. 1979, § 1 Rdnr 34

2 so Fitting/Auffahrt/Kaiser, Rdnr 42 zu § 1 BetrVG

3 Gaul in Bobrowski/Gaul, B III Rdnr 17

Zuletzt räumt das BetrVG dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte ein, die aber nur auf eine Anhörung und Meinungsäußerung hinausliefen. Dabei wird dem Betriebsrat die Möglichkeit gegeben, durch das Vorbringen seiner Ansichten und Argumente die Entscheidung des Arbeitgebers zu beeinflussen, also abzuändern. Ein bedeutendes Beispiel für diese Art der Mitwirkung ist die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG, wobei allerdings ein Widerspruch des Betriebsrates nach § 102 Abs. 3 BetrVG für den betroffenen Arbeitnehmer Folgen im Kündigungsschutzprozeß nach § 102 Abs. 5 BetrVG i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG haben kann. Im Fall des § 102 BetrVG ist die Terminologie in der Überschrift des Gesetzgebers "Mitbestimmung bei Kündigungen" ungenau, denn der Arbeitgeber ist nur verpflichtet, den Betriebsrat rechtzeitig zu unterrichten und dessen Argumente zu berücksichtigen; eine weitere Einwirkungsmöglichkeit besteht nicht ¹, es sei denn diese wird nach § 102 Abs. 6 BetrVG zwischen den Betriebspartnern ausdrücklich vereinbart.

III. Fehlerhafte Ausübung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten

Die oben dargestellten möglichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte führen, vom Betriebsrat in der richtigen Weise eingesetzt, zu einem umfassenden, den Grundsätzen des Sozialstaatsprinzips entsprechenden Schutz der Arbeitnehmer.

Es kann allerdings dann zu Konflikten kommen, wenn der einzelne Arbeitnehmer mit einer ihn betreffenden Maßnahme des Betriebsrates nicht einverstanden ist, weil sie für ihn un-

¹ eine umfassende Darstellung der verschiedenen Arten der Beteiligungsrechte des Betriebsrates findet sich bei Thiele, GKBetrVG, Einleitung RdNr 97 - 109

günstige Auswirkungen hat. Diese negative Entscheidung zu Lasten des einen Arbeitnehmers kann eine günstige für einen anderen bedeuten. Zum anderen aber kann sich der Betriebsrat bei der Ausübung seiner Rechte von Gründen leiten lassen, die bei der Mitbestimmung oder Mitwirkung keinen Einfluß haben sollten.

Zunächst soll eine Veranschaulichung durch empirisches Material die Konturen für die fehlerhafte Ausübung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten verdeutlichen und vertiefen.

In einer Untersuchung des Max-Planck-Instituts Hamburg, die die Erforschung des Kündigungsschutzes und der Kündigungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland zum Gegenstand hatte, ergab sich aus einer Befragung, daß durchschnittlich 85 % aller befragten Betriebsratsmitglieder glaubten, für ihre Betriebsratstätigkeit ausreichende Rechtskenntnisse zu haben ¹. Im Gegensatz dazu sind über 40 % der gekündigten Arbeitnehmer der Auffassung gewesen, daß der Betriebsrat entweder untätig war oder aber die Interessen des Arbeitgebers vertreten hat ². Bereits daraus folgt eine gewisse Diskrepanz in der Einschätzung der Tätigkeit des Betriebsrates, denn zumindest die Untätigkeit führt bei dem Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zur Fiktion der Zustimmung.

Diese Fiktion ist zwar ein gesetzlich vorgesehener Mechanismus, sie sanktioniert aber nur die Untätigkeit. Damit hat der Betriebsrat seine rechtlichen Möglichkeiten, Einfluß gegen die Kündigung wahrzunehmen, nicht ausgeschöpft.

1 Falke ... in Forschungsbericht S. 217 f, tabellarischer Überblick auf S. 219. Aus diesem ergibt sich, daß der Wert mit zunehmender Betriebsgröße und damit wachsender Anzahl der Betriebsratsmitglieder von 58 % bei einem Betriebsobmann bis zu über 90 % bei elf oder mehr Betriebsratsmitgliedern steigt

2 aaO S. 345 ff, tabellarischer Überblick auf S. 347

Aus dieser Untersuchung ergab sich ebenfalls, daß die Betriebsräte in 41,6 % der untersuchten Fälle einer ordentlichen und in 34 % einer außerordentlichen Kündigung die (vom Gesetz als Äußerungsform nicht vorgesehene, aber anerkannte) Zustimmung erteilen ¹. Neuere Zahlen gehen sogar von erheblich höheren Werten aus ². Widerspruch oder die Zustimmungsverweigerung ergaben sich nur in ca. 15 % - 25 % der Kündigungsvorhaben ³.

Mag dieses durch Zahlen belegte Verhalten nicht unbedingt auf fehlerhaftes Handeln des Betriebsrates rückschließen lassen, so hat es rein tatsächlich die Auswirkung, daß die Zahl der Widersprüche in den Fällen eines sich anschließenden Kündigungsschutzprozesses durch den gekündigten Arbeitnehmer fast viermal so hoch ist wie in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer keine Klage erhob ⁴.

Daraus kann man einerseits eine erhöhte Bereitschaft zur Führung eines Prozesses herleiten. Dies könnte aber andererseits auch daher rühren, daß die Kündigung in den Fällen des nicht erfolgten Widerspruchs offensichtlich rechtmäßig war und der Arbeitnehmer deswegen keinen Kündigungsprozeß führte.

Einen Rückschluß auf fehlerhaftes oder zumindest voreingenommenes Verhalten der Betriebsräte belegen aber die folgenden Zahlen: der Kündigung eines Arbeiters (einschließlich Facharbeiters) wurden in 46,8 % der untersuchten Fälle, der Kündigung eines Angestellten nur in 37,3 % der Fälle zugestimmt. Korrespondierend dazu werden gegen die Kündigung

1 aaO S. 184 ff, tabellarische Überblicke auf S. 187 u. S. 188

2 vgl. Höland in Kündigungspraxis, ..., S. 68 f, der von einer ausdrücklichen Zustimmung in zwei Dritteln aller Anhörungsverfahren ausgeht

3 ders., aaO; Falke ... in Forschungsbericht S. 187

4 Höland, Diss., S. 192 f; ders. in Kündigungspraxis, ..., S. 76 f

eines Arbeiters seltener (33,3 %) Bedenken oder Widersprüche erhoben als gegen die eines Angestellten¹. Ähnlich häufiger ist die Bereitschaft der Betriebsräte, nachteilige Personalentscheidungen gegenüber ausländischen Arbeitnehmern zu treffen als gegenüber deutschen Arbeitnehmern².

Diese Zahlen legen den Verdacht nahe, daß in einigen Fällen solche Motive für das Verhalten der Betriebsräte ausschlaggebend war, die eigentlich nicht Grundlage für eine Entscheidung sein sollten. Daß der Betriebsrat zum Teil andere als die vom Gesetzgeber vorgestellte Überlegungen anstellt, zeigt eine Untersuchung von Kotthoff über die Typologie der Betriebsräte. So hat z. B. der "ignorierte" Betriebsrat³ in einem anderen Sachzusammenhang einem Gewerkschaftssekretär den Zugang in den Betrieb deswegen verweigert, "weil es der Chef nicht gern sieht"⁴.

Im weiteren soll anhand von Beispielfällen die Relevanz und die Problematik von Reaktionen, die der betroffene Arbeitnehmer gegen den Betriebsrat haben könnte, verdeutlicht werden. Zunächst wird dabei an zwei Fälle gedacht: der Fehlgebrauch der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte, sowie das Unterlassen der Ausübung dieser möglichen Rechte. Diese Fälle sollen an den folgenden Beispielen aufgezeigt werden:

Der Betriebsrat verweigert seine Zustimmung ohne sachlichen Grund, bzw. nur aus persönlichen Gründen - also aus solchen Gründen, die bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte keine Rolle spielen sollten -, zu einer Maßnahme des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer begünstigen soll. Bei dieser Konstellation

1 Höland Diss., S. 135 ff, tabellarischer Überblick S. 138; Falke ... in Forschungsbericht S. 196 ff, tabellarischer Überblick S. 198

2 Höland Diss., S. 160, 166, tabellarischer Überblick S. 166 m. w. N. in Fußnote 226 auf S. 160

3 zur Typologie des "ignorierten" Betriebsrates vgl. Kotthoff, Diss., S. 46 ff

4 ders., S. 62

tion erfährt somit der von der Maßnahme betroffene Arbeitnehmer eine Schlechterstellung seiner Rechtsposition. Am deutlichsten wird dies bei der Einstellung eines Arbeitnehmers, zu der unter den Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich ist. Zwar kann der Betriebsrat bei diesem Beispiel seine Zustimmung nicht nach Belieben, sondern nur aus bestimmten Gründen verweigern, die im Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG erschöpfend aufgezählt sind ¹; andererseits sind aber die Gründe des Katalogs nach Absatz 2 weit gefaßt, so daß der Betriebsrat, wenn er es darauf anlegt, einen der sechs möglichen Gründe findet bzw. vorgeben kann. Dies gilt auch dann, wenn man bei § 99 Abs. 2 BetrVG von einer Pflichtaufgabe ausgeht ². Gerade der weit auslegbare Gesetzestext räumt somit dem Betriebsrat die Möglichkeit ein, leicht die Grenze des Mißbrauchs seiner betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten zu berühren.

Außerdem ist zu bedenken, daß zu dem Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG, also dem Verstoß gegen die Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG, der Betriebsrat nach § 95 Abs. 1 BetrVG ein Mitwirkungsrecht und, unter den Voraussetzungen des § 95 Abs. 2 BetrVG, sogar ein Initiativrecht zur Aufstellung dieser Richtlinien hat. Dies bedeutet, daß er den Umfang und den Inhalt der Gründe, die ihn später zur Zustimmungsverweigerung berechtigen, mitgestalten kann ³.

1 Dietz-Richardi Rdnr 145 zu § 99 BetrVG

2 so ders., aaO

3 insoweit wird deutlich, daß die vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 verfaßten Dissertationen wenig ergiebig sein können, da die Mitbestimmung des Betriebsrates bei personellen Maßnahmen durch § 99 BetrVG 1972 gegenüber den §§ 60 BetrVG 1952 wesentlich verstärkt worden ist

Motive für ein Verhalten, die sich nicht auf den im BetrVG zum Ausdruck gekommenen Entscheidungen des Gesetzgebers beziehen, können bei einer Einstellung z. B. die fehlende Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, eine andere Nationalität oder Hautfarbe sein.

Denkbar ist in diesem Rahmen unter anderem auch die Fallkonstellation, daß der Arbeitgeber dem Verlangen des Betriebsrates bei Maßnahmen nach § 93 BetrVG nicht nachkommt. Die Gründe für das Unterlassen der Ausschreibung im Betrieb sind für die zu bearbeitende Frage unbeachtlich. Im Verfahren nach § 99 BetrVG kann der Betriebsrat dann seine Zustimmung zu der Einstellung oder Beförderung verweigern. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung jedoch nicht aus sachlich gebotenen, sondern nur aus formalen Gründen, so entstehen für den betroffenen Arbeitnehmer unter Umständen wirtschaftliche Nachteile ¹.

Zwar hat der Arbeitgeber jetzt die Möglichkeit, die Zustimmung nach § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht zu beantragen oder unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG die personelle Maßnahme vorläufig durchzuführen; dies wird aber oft daran scheitern, daß der Arbeitgeber im Hinblick auf seine weitere notwendige Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat ein derartiges Vorgehen unterläßt. Auch kann sich das Zustimmungersatzungsverfahren durch mehrere Instanzen ziehen, so daß die Einstellung möglicherweise erst viel später als geplant vorgenommen werden kann ².

Diese Überlegungen wird der Arbeitgeber insbesondere bei dem von Kotthoff ³ als respektiert und standfest bezeichneten Betriebsrat anstellen. Er wird sich in solchen Situationen nicht auf einen Konfrontationskurs versteift haben ⁴.

1 Fall identisch mit Gamillscheg II Nr. 437

2 vgl. dazu Meisel, S. 102

3 zur Typologie vgl. Diss., S. 177 ff

4 ders., aaO, S. 221; zu den Verhaltensstrategien der Betriebsleitung gegenüber dem Betriebsrat vgl. i. Ü. Höland, Diss., S. 326 ff

Neben diesen Fällen der im Sinne des Arbeitnehmers fehlgeschlagenen Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, sind auch solche aus dem Bereich der sozialen Angelegenheiten (§§ 87 ff BetrVG) denkbar. Zum einen stellen die Nummern drei, zehn und elf des § 87 Abs. 1 BetrVG eine Einbruchsstelle zur Regelung materieller Arbeitsbedingungen dar, die als solche den Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses mitprägen, so daß also auch hier erhebliche Einflußmöglichkeiten des Betriebsrates bestehen.

Zum anderen hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Betriebsbußenordnung. Dieses besteht nicht nur hinsichtlich der Aufstellung allgemeiner Grundsätze, sondern auch für die Verhängung der Buße im Einzelfall ¹. Dabei werden die Erfolgsaussichten einer grundsätzlich möglichen Anrufung des Arbeitsgerichts durch einen von der Betriebsbuße betroffenen Arbeitnehmer dadurch eingeschränkt, als der Umfang der gerichtlichen Prüfung im Hinblick auf die Angemessenheit im Einzelfall umstritten ist ². Von den Gegnern wird ausgeführt, daß eine solche Kontrolle in die autonome Regelungsbefugnis der Betriebspartner eingreife ³. Folgt man dieser Auffassung, so bestehen insoweit ebenfalls erhebliche Einflußmöglichkeiten des Betriebsrates, die etwa in bewußt fehlerhafter Argumentation liegen kann ⁴.

Auch zum Unterlassen einer mitbestimmungspflichtigen bzw. mitwirkungspflichtigen Maßnahme sollen Beispiele aufgezeigt werden, bei denen infolge des Nichteinschreitens des Be-

1 Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 38 zu § 87 BetrVG m w. N.

2 für eine Überprüfung BAG in AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Leitsatz 3; dagegen Kammann in DB 1969, S. 2132 (2134)

3 ders., aaO, m. w. N.

4 vgl. dazu das Beispiel Nr. 6 bei Preuß, Diss., S. 42 f

triebsrates für den Arbeitnehmer negative Folgewirkungen entstehen können. Der Betriebsrat unterläßt die mögliche Ausübung eines Widerspruchsrechtes bzw. stimmt einer arbeitgeberseitigen Maßnahme zu, die gegenüber dem Arbeitnehmer ungünstig ist, obwohl ein Widerspruch bzw. die Zustimmungsverweigerung sachlich gerechtfertigt gewesen war. Sieht man den wahren Grund für die Unterlassung in rein persönlichen Motiven des Betriebsrates, so wird auch hier der Arbeitnehmer in seinen Rechten eingeschränkt.

Zwar kann der Betroffene Kündigungsschutzklage gegen den Arbeitgeber erheben. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG setzt aber - wenn man von der Ausnahme der offensichtlich unwirksamen Kündigung absieht¹ - ebenso wie der sogenannte erweiterte Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG einen Widerspruch des Betriebsrates voraus. Insoweit besteht für den betroffenen Arbeitnehmer ein Rechtsnachteil. Außerdem muß das KSchG überhaupt Anwendung hinsichtlich Beschäftigungsdauer (§ 1 Abs. 1 KSchG) und Betriebsgröße (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG; hier ergeben sich allerdings nur Probleme bei einem fünf Mann großen Betrieb, da ansonsten ein Betriebsrat nicht besteht) finden.

Darüberhinaus ist einmal der Fall denkbar, daß der Arbeitgeber mit Zustimmung oder sogar auf Veranlassung des Betriebsrates eine bestehende Betriebsvereinbarung aufheben und eine neue über die gleiche Materie, die eine Verschlechterung der Position des einzelnen Arbeitnehmers mit sich bringt, abschließen kann, zum anderen ebenso, daß

1 dieser Problemkreis hat sich zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers seit dem Urteil des BAG vom 27.2.1985, BB 1985, S. 463 etwas entschärft, da das BAG nunmehr - unter gewissen Voraussetzungen - einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch anerkennt

durch eine Betriebsvereinbarung bestehende individualrechtliche Absprachen zum Nachteil abgeändert werden ¹.

Dabei gibt es die Möglichkeiten, daß die Leistung an die Arbeitnehmerschaft insgesamt weniger wird oder daß nur die Position einzelner Arbeitnehmer verschlechtert wird, während die Leistung an die Arbeitnehmerschaft insgesamt unverändert bleibt, etwa wenn die Verteilung umgestaltet wird. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen Entscheidungen zu dieser Problematik ² die grundsätzliche Möglichkeit der Abänderbarkeit bejaht, gleichzeitig aber auch deren Grenzen durch das Aufstellen der zu beachtenden Voraussetzungen aufgezeigt. Eine Konfliktsituation kann in diesen Fällen daraus entstehen, daß der Betriebsrat an die Voraussetzungen andere Anforderungen stellt als das Bundesarbeitsgericht oder diese einfach nicht beachtet, wenn er eine Bevorzugung bestimmter Arbeitnehmer erreichen will.

1 die Frage, ob ein Abschluß derartiger Betriebsvereinbarungen überhaupt möglich ist, ist äußerst umstritten (vgl. statt vieler Däubler in AuR 1984, S. 1 zu dieser Frage S. 5 ff; Höhne in RdA 1983, S. 233; Richardi in RdA 1983, S. 201 zu dieser Frage S. 204 ff und Hilger/Stumpf in Festschrift für G. Müller, S. 209 alle mit umfangreichen w. N.) und zur Zeit Gegenstand eines Vorlagebeschlusses des 5. Senats an den Großen Senat des BAG (BAG in BB 1983, S. 312). Während die Rechtsprechung bisher die grundsätzliche Zulässigkeit einer einzelvertraglichen Regelung verschlechternden Betriebsvereinbarung ohne Rücksicht auf die Regelungsmaterie bejaht hatte (vgl. BAG in BB 1983, S. 313 unter Hinweis auf die Rechtsprechung. Grundlegend ist die Entscheidung des BAG in BAGE 3, S. 274/277; bestätigt durch BAGE 22, S. 252/258, letztere auch für die verschlechternde Abänderung einer Betriebsvereinbarung), vertritt der 6. Senat des BAG eine differenzierte Theorie (vgl. BAG in AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG, insbesondere Blatt 3)

2 zuletzt BAG in DB 1982, S. 46 für den Fall der Verschlechterung einer bestehenden Betriebsvereinbarung durch eine neue

Motivation für das Verhalten des Betriebsrates können zum einen die oben beschriebenen Gründe sein, zum anderen aber ist auch eine direkte oder indirekte Korruption durch den Arbeitgeber denkbar ¹.

Es soll hier natürlich nicht verkannt werden, daß Motivation für die Benachteiligung des Einzelnen der Schutz des Kollektivs sein kann. Dabei stellt sich aber sofort die Frage danach, was geschieht, wenn der Betriebsrat von falschen (Schutz-) Voraussetzungen ausgeht, er z. B. einer Einstellung wegen § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG widerspricht, obwohl die Kündigungsgefahr tatsächlich nicht besteht oder er nach § 104 BetrVG vom Arbeitgeber die Entlassung eines vermeintlich stehlenden Arbeitnehmers verlangt.

Gegenstand der sich anschließenden Untersuchung sollen aber in erster Linie die Fälle sein, in denen der Betriebsrat seine Amtsbefugnis bewußt mißbraucht. Denn der Betriebsrat als kooperative Gegenmacht zum Arbeitgeber stellt die Ausnahme und nicht die Regel dar ².

Die Frage, welche Ansprüche der betroffene Arbeitnehmer gegen den Betriebsrat hat und welche Möglichkeiten es für ihn gibt, sich in das Verfahren zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einzuschalten, erscheinen heute in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ³ gerade im Hinblick auf die verweigerte Zustimmung zu einer Einstellung besonders interessant, weil der einzelne Arbeitnehmer nicht, wie zu Zeiten der Hochkonjunktur, einfach einen anderen Arbeitsplatz findet.

1 Untersuchungen darüber liegen - soweit ersichtlich - nicht vor. Der Grund dafür dürfte in den unzureichenden Beweismöglichkeiten liegen

2 vgl. Kotthoff, Diss., S. 212 ff

3 die durchschnittliche Arbeitslosigkeit betrug für das Jahr 1984 - ebenso wie für 1983 - rund 2,26 Mio, im Jahr 1982 rund 1,83 Mio

IV. Notwendigkeit der Untersuchung aus der ständigen Erweiterung der Rechte des Betriebsrates im Laufe der letzten 100 Jahre

Aus der ständigen Entwicklung und Erweiterung der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte ¹ zeigt sich die Notwendigkeit einer Diskussion, ob einzelne Arbeitnehmer Einfluß auf die Handlungen ihres Interessenvertreters nehmen können.

Das heutige BetrVG 1972 ist das Ergebnis einer langen Entwicklung, die sich über mehr als 120 Jahre - beginnend mit dem Entwurf der Gewerbeordnung von 1848 ², dem Arbeitsschutzgesetz von 1891 ³ und dessen Novellen zum Preußischen Allgemeinen Berggesetz für den Bereich Bergbau von 1905 ⁴ und 1909 ⁵ über das Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst von 1916 ⁶, die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten von 1918 ⁷, das Betriebsrätegesetz von 1920 ⁸, das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934 ⁹, das Kontrollratsgesetz Nr. 22 von 1946 ¹⁰ und das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 ¹¹ - hinzog.

1 eine umfassende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung findet sich bei Thiele, GK-BetrVG, Einleitung Rdnr 1 ff m. w. N. in Rdnr 1; vgl. auch Höland, Diss., S. 59 ff

2 der Entwurfstext ist abgedruckt bei Blanke/Erd/Mückenberger/Stascheit, Band I,

3 RGBl S. 261

4 Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten 1905, S. 307 ff

5 Preußische Gesetzsammlung 1909, S. 677 ff (679 ff)

6 RGBl 1916 II, S. 1333 ff

7 RGBl 1918 II, S. 1456 ff

8 RGBl 1920 I, S. 147

9 RGBl 1934 I, S. 45 ff

10 Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr. 6 vom 30. April 1946, S. 133 ff

11 BGBl 1952 I, S. 681 ff

Im BetrVG 1972 wurden dem Betriebsrat in allen drei Beteiligungsbereichen neue Möglichkeiten mit der Einführung des Initiativrechtes, dem Zustimmungserfordernis für bestimmte Handlungen des Arbeitgebers sowie die Unterrichts- und Beratungspflicht bei geplanten Betriebsänderungen eröffnet.

Trotz der umfangreichen Erweiterung der Rechte des Betriebsrates hat es der Gesetzgeber nur beim dem Ausschluß eines Betriebsratsmitgliedes bzw. der Auflösung des gesamten Betriebsrates gemäß § 23 BetrVG als Reaktionsmöglichkeit für den einzelnen Arbeitnehmer belassen. Voraussetzung ist aber nach wie vor das Quorum von einem Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Eine gesetzlich normierte Haftung des Betriebsrates wurde nicht einmal erwogen, obwohl sich bereits - wenn auch nur vereinzelt - die Gerichte damit auseinanderzusetzen hatten ¹.

Die aufgeführten Beispiele zeigen aber, in welcher Weise das Betriebsverfassungsgesetz von 1972 die Mitbestimmungsrechte und damit die Einflußmöglichkeiten des Betriebsrates vergrößert hat, ohne dem Betroffenen eine Einflußmöglichkeit einzuräumen. In der vorliegenden Arbeit sollen nun die Probleme untersucht werden, die zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Betriebsrat entstehen ², wenn letzterer die ihm übertragenen Aufgaben nicht den Voraussetzungen des BetrVG entsprechend erfüllt.

1 Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht, 6.6.5 (S. 232); Nolting Diss., S. 6 (Fußnote 1); Weiss in RdA 1974, S. 269 (Fußnote 1)

2 eine umfassende Darstellung der Auswirkungen fehlerhafter Mitbestimmung auf das Verhältnis zwischen einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern findet sich bei Hoyningen-Huene in RdA 1982, S. 205 (205 ff; zusammenfassendes Ergebnis auf S. 214)

B.) Erstes Kapitel:

Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers

Die Untersuchung von Ansprüchen des betroffenen Arbeitnehmers erfolgte in den bisher veröffentlichten Arbeiten ¹ in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Nur vereinzelt wird geprüft, ob dem Arbeitnehmer originäre Leistungsansprüche (vergleichbar mit vertraglichen Primäransprüchen) zustehen. Im folgenden soll daher vor der Erörterung der Schadensersatzansprüche zunächst untersucht werden, ob der einzelne Arbeitnehmer Leistungsansprüche geltend machen kann.

I. Originäre Leistungsansprüche

Originäre Leistungsansprüche, also Ansprüche aus Rechten, die einer Person unmittelbar von der Rechtsordnung zugewiesen sind ², könnten sich für den betroffenen Arbeitnehmer gegen den Betriebsrat nur aus einzelnen Normen des BetrVG ergeben.

Das BetrVG beinhaltet in den §§ 81 ff eine beschränkte Zuweisung von Individualrechten an den einzelnen Arbeitnehmer; Adressat der sich aus diesen Normen ergebenden Rechte ist aber zunächst nur der Arbeitgeber und nicht der Betriebsrat. Zur Durchsetzung dieser Individualansprüche gegen den Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer aber gemäß §§ 82 Abs. 2, 83 Abs. 1 S. 2, 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG ein Mitglied des Betriebsrates hinzuziehen; gemäß § 85 Abs. 1 BetrVG trifft den Betriebsrat die Verpflichtung, Beschwerden von Arbeitnehmern entgegenzunehmen und - nach einer positiven Vorprüfung - beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken, wobei § 85 BetrVG nur eine Ergänzung des eigenen Beschwerderechts nach § 84 BetrVG darstellt ³.

1 vgl. oben Fußnote 1 zu Seite 2

2 Köhler in Lange / Köhler § 11 IV 2

3 Wiese in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1980, § 85 Rdnr 1

Weitere Ansprüche ergeben sich aus §§ 81 ff BetrVG nicht, obwohl die sich daraus ergebenden Rechte zu den Gesetzen des § 80 Abs. 1 S. 1 BetrVG zählen ¹, deren Einhaltung der Betriebsrat zu überwachen hat. Begründen läßt sich die Ansicht damit, daß ein solcher Anspruch - wenn es ihn gäbe - nur ein Tätigwerden im Sinne der §§ 81 ff BetrVG beinhalten könnte.

Als Anspruchsgrundlagen lassen sich darüberhinaus § 2 Abs. 1 BetrVG und dessen weitere Konkretisierung in § 74 Abs. 1 BetrVG in Erwägung ziehen ². Soweit ersichtlich wurde bisher nur versucht, aus § 2 Abs. 1 BetrVG einen Anspruch eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber zu entwickeln ³, nicht aber gegen den Betriebsrat. Die Begründung für die Ablehnung eines solchen Anspruchs gegen den Arbeitgeber läßt sich auch für den Anspruch gegen den Betriebsrat heranziehen. Zunächst bezieht sich das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nur auf das betriebsverfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Betriebspartnern ⁴. Außerdem lassen sich - trotz der gewachsenen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses - konkrete Ansprüche, die vertraglichen Primäransprüchen vergleichbar sein sollen, aus §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 BetrVG nicht herleiten ⁵.

1 Wiese in RdA 1973, S. 1 (4); ders. in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1980, vor § 81 Rdnr 18 m. w. N.; Dietz-Richardi Rdnr 14 zu § 81 BetrVG; erfüllt der Arbeitgeber seine Verpflichtung aus § 81 BetrVG nicht, so soll der Arbeitnehmer nach Fitting-Auffahrt-Kaiser Rdnr 12 zu § 81 BetrVG ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 273 BGB haben

2 zu Begriff und Inhalt der vertrauensvollen Zusammenarbeit vgl. Bulla in RdA 1965, S. 121

3 vgl. etwa BAG in AP Nr. 1 zu § 242 BGB zu dem dem § 2 Abs. 1 BetrVG 1972 entsprechenden § 49 Abs. 1 BetrVG 1952

4 Dietz-Richardi Rdnr 13 zu § 2 BetrVG; vgl. dazu auch Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb 1982, § 74 Rdnr 6 ff

5 Dietz in RdA 1969, S. 1 (3) für § 49 Abs. 1 BetrVG 1952; im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung, Kreutz, BlStSozArbR 1972, S. 44 (46)

In der Literatur wird als weitere Anspruchsnorm § 75 Abs. 1, 2 BetrVG diskutiert ¹, aber im Ergebnis einstimmig abgelehnt. Diese Auffassung wird damit begründet, daß sich ein solcher Anspruch nicht mit der Stellung des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz vereinbaren lasse. Mit der Wahl des Betriebsrates habe es der einzelne Arbeitnehmer diesem überlassen, wie er die Interessen der Belegschaft wahrnimmt ². Damit wird ein Vergleich mit parlamentarischen Wahlvorgängen gezogen. Auch hier scheidet eine Sonderkontrolle des einzelnen Wählers - wie bei dem Betriebsrat ebenfalls - aus. Im Bundestag hat selbst das Parlament nur unter den engen Voraussetzungen des konstruktiven Mißtrauensvotums nach Art. 67 Abs. 1 GG die Möglichkeit, einen neuen Bundeskanzler und damit eine neue Regierung zu wählen.

Die Arbeitnehmer sind auf die Sanktionsmöglichkeit des BetrVG - Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG - oder spätere Nichtwahl dieser Betriebsratsmitglieder, also die gleiche Möglichkeit wie zum Beispiel bei der Bundestagswahl, beschränkt.

Darüberhinaus werden in § 75 BetrVG neben den Verpflichteten - Arbeitgeber und Betriebsrat - keine Anspruchsberechtigten genannt ³.

Mag man auch mit Blomeyer ⁴ der Auffassung sein, daß je mehr sich die Rechte des Betriebsrates erweitern und er in Funk-

1 vgl. Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 75 Rdnr 5; Löwisch in AuR 1972, S. 359; vgl. ebenfalls Blomeyer in Gedächtnisschrift für Dietz, S. 171 f

2 Löwisch, aaO, S. 361

3 daraus schließt Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 75 Rdnr 5, daß hier nicht Ansprüche, sondern nur Amtspflichten begründet werden, der einzelne Arbeitnehmer also keine Möglichkeit hat, die Erfüllung der betriebsverfassungsrechtlichen Amtspflichten zu erzwingen

4 Blomeyer in Gedächtnisschrift für Dietz, S. 171 f

tion und Machtstellung des Arbeitgebers einrückt, desto eher die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle seines Verhaltens durch die Betroffenen gegeben sein muß - rechtspolitisch also ein Primäranspruch des einzelnen Arbeitnehmers wegen der großen Einflußmöglichkeiten des Betriebsrates wünschenswert ist -, so stellt doch § 75 BetrVG rechtsdogmatisch nur einen objektiven Wertungsmaßstab für die Ausübung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates dar ¹.

Bereits im Ansatz wird auch ein Anspruch aus §§ 87 ff BetrVG abgelehnt, da die Mitbestimmung im sozialen Bereich zur Wahrung der kollektiven Belange der Belegschaft in sozialen Angelegenheiten und nicht im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers erfolge ².

Damit kann als Ergebnis festgehalten werden, daß dem Arbeitnehmer gegenüber seinem Interessenvertreter, dem Betriebsrat, gerichtlich durchsetzbare originäre Leistungsansprüche aus einzelnen Normen des BetrVG als einzig denkbare Anspruchsgrundlagen nicht zustehen ³. Ansprüche aus dem BetrVG ergeben sich für den einzelnen Arbeitnehmer nur gegen den Arbeitgeber ⁴.

1 im Ergebnis ebenso Niederalft, Diss., S. 123 ff; Löwisch behauptet sogar in AuR 1972, S. 363, es ergebe sich insbesondere aus § 80 Abs. 1 BetrVG, daß es (nur) die Pflicht des Betriebsrates sei, die Rechte gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen, an eigene Veranstaltungen des Betriebsrates, die Rechte der Arbeitnehmer zu fördern, denke das Gesetz nicht

2 Junker, Diss., S. 114 f

3 vgl. als - soweit ersichtlich - neueste Entscheidung ein Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 26. April 1984 (Aktenz.: M 8 Ca 104/84)

4 im Ergebnis ebenso Hanau in RdA 1973, S. 281 (289), der das Hauptproblem allerdings im Rechtsschutzbedürfnis sieht

II. Abänderung von Leistungsansprüchen mit negativen Folgen für einen einzelnen Arbeitnehmer

Eine Verschlechterung von Leistungsansprüchen, auf die der Betriebsrat Einfluß nehmen kann, kann sich für den einzelnen Arbeitnehmer dann ergeben, wenn eine bestehende Betriebsvereinbarung oder eine einzelvertragliche Regelung durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung abgeändert wird.

1. Abänderung von individualrechtlichen Ansprüchen durch eine Betriebsvereinbarung und ihre Folgen

Ob ein einzelvertraglicher begründeter Anspruch durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung aufgehoben oder beschränkt werden kann, ist äußerst umstritten¹. Wenn man aber mit der älteren Rechtsprechung die grundsätzliche Möglichkeit der verschlechternden Abänderung zuläßt, so ist Voraussetzung die Beachtung der Grundsätze von Recht und Billigkeit², wobei aus der Argumentation des BAG als weitere Wertungsmaßstäbe § 75 Abs. 1, 2 und § 2 Abs. 1 BetrVG sowie der allgemeine Persönlichkeitsschutz herangezogen werden³.

Daraus ergibt sich, daß für den einzelnen Arbeitnehmer dann nur eine tatsächliche, rechtlich aber nicht zu beanstandende Verschlechterung vorliegt, wenn bei der verschlechternden

1 vgl. dazu oben Fußnote 2, S. 15

2 herrschende Meinung vgl. BAG in NJW 1982, S. 46 (47 f) und Dietz-Richardi Rdnr 77 zu § 7 BetrVG; andere Auffassung Hoyningen-Huene, zusammenfassendes Ergebnis auf S. 171 f, der eine Billigkeitskontrolle durch die Gerichte wegen der fehlenden entsprechenden Rechtsgrundlage grundsätzlich ablehnt, bzw. nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen zuläßt

3 BAG aaO; ebenso Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 77 Rdnr 72 f

Abänderung diese Voraussetzungen beachtet werden. Es tritt ebenfalls dann keine rechtliche Verschlechterung ein, wenn man eine individualrechtliche Ansprüche verschlechternde Betriebsvereinbarung für unzulässig erachtet. Denn dann bleiben dem einzelnen Arbeitnehmer die ursprünglichen Ansprüche aus dem Einzelvertrag erhalten.

Werden dagegen die Voraussetzungen nicht beachtet, so besteht eine rechtliche Verschlechterung. Hier stellt sich die Frage, ob diese Verstöße Ansprüche des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat auslösen.

Als Primär-Anspruchsgrundlagen sind wieder §§ 2, 74 und 75 BetrVG, also die Grundlage für Wertungsmaßstäbe denkbar. Wie bereits oben dargestellt, lassen sich aber daraus keine Ansprüche gegen den Betriebsrat, sondern allenfalls gegen den Arbeitgeber herleiten.

Außerdem können die einzelnen Arbeitnehmer ihre ursprünglichen einzelvertraglichen Ansprüche im Urteilsverfahren einklagen, wobei die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung, die hier wegen der Nichtbeachtung der Voraussetzungen fehlt, in einem solchen Verfahren geprüft wird.

Unabhängig davon, ob man die Abänderung einzelvertraglicher Regelungen durch verschlechternde Betriebsvereinbarungen zuläßt oder nicht, hat der einzelne Arbeitnehmer in keinem Fall einen Leistungsanspruch gegen den Betriebsrat.

2. Abänderung von einer Betriebsvereinbarung durch eine andere verschlechternde Betriebsvereinbarung und ihre Folgen

Grundsätzlich besteht für die Betriebspartner die Möglichkeit, eine Betriebsvereinbarung - auch zum Nachteil der Arbeitnehmer - abzuändern ¹. Dies ergibt sich aus der Über-

1 zuletzt bestätigt durch BAG in JuS 1983, S. 401 für die Abänderung eines Sozialplans, der nach § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung hat und daher insoweit mit ihr vergleichbar ist; grundlegende Entscheidung zu dieser Problematik ist BAGE 22, S. 252 (258), ebenfalls für die Abänderung vertraglicher Ansprüche.

legung, daß sonst eine Anpassung an geänderte Umstände bzw. Erfordernisse nicht erfolgen kann. Bei einer für die Arbeitnehmer negativen Abänderung sind - wie bei der verschlechternden Abänderung individualrechtlicher Ansprüche durch eine Betriebsvereinbarung - ebenfalls die Grundsätze von Recht- und Billigkeit zu beachten ¹.

Daraus folgt, daß den einzelnen Arbeitnehmern keine Leistungsansprüche gegen den Betriebsrat zustehen. Denn es besteht entweder keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Verschlechterung oder aber es bestehen keine Anspruchsgrundlagen.

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß dem einzelnen Arbeitnehmer keine direkten Ansprüche gegen den Betriebsrat weder unmittelbar aus Vorschriften des BetrVG noch bei der Verletzung der Wertungsmaßstäbe, die der Betriebsrat bei der Abänderung von individualrechtlichen Ansprüchen oder von Betriebsvereinbarungen jeweils durch verschlechternde Betriebsvereinbarungen zu beachten hat, zustehen. In Betracht kommen damit Schadensersatzansprüche, die im folgenden untersucht werden sollen.

III. Schadensersatzansprüche des einzelnen Arbeitnehmers

Alle Auseinandersetzungen in Literatur ² und Rechtsprechung ³ waren bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen mit der Problematik konfrontiert, daß - mangels entsprechender Normen im BetrVG - auf die allgemeinen Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muß. Bei diesen

1 BAG in JuS 1983, S. 401 (402)

2 vgl. oben Fußnote 1 zu S. 2

3 eine Zusammenfassung der Rechtsprechung findet sich bei Nolting, Diss., S. 6 Fußnote 1

Normen war allerdings in erster Linie im Rahmen des Vertragsrechtes an die Abwicklung von Kaufverträgen und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche gedacht, was insbesondere bei der Entwicklung von analogen Ansprüchen - etwa der positiven Forderungsverletzung oder der culpa in contrahendo¹ - deutlich wird. Der Gedanke der Drittschadensliquidation ist sogar älter als das Bürgerliche Gesetzbuch².

Darüber hinaus stellt sich die Frage danach, wer Haftungsschuldner eines Anspruchs des einzelnen Arbeitnehmers ist, da auch eine Einstandshaftung dritter Personen - etwa Arbeitgeber oder Betriebsrat - in Betracht kommt. Auch bei der Prüfung der (zivilrechtlichen) Zurechnungsnormen ergibt sich die oben geschilderte Problematik.

Im folgenden soll daher untersucht werden, auf welche Anspruchsgrundlage der einzelne Arbeitnehmer sein Begehren stützen kann und wer für einen entstandenen Schaden einstehen muß. Vorab läßt sich aber bereits jetzt schon feststellen, daß die Ergebnisse große praktische Schwächen der materiell-rechtlichen Position des Arbeitnehmers aufdecken, so daß die Notwendigkeit der Prüfung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten als dem zentralen Thema dieser Arbeit deutlich wird.

1 die positive Forderungsverletzung wurde 1902 von Staub (vgl. grundlegend Staub, Die positive Vertragsverletzung) im Rahmen einer Analogie zu §§ 280, 286, 325, 326 BGB, die culpa in contrahende 1860 von v. Jhering analog §§ 122, 179, 307, 463 BGB entwickelt

2 Hagen, Drittschadensliquidation, S. 1; in diesem Zusammenhang sei auf die große Zurückhaltung des Gesetzgebers im Bereich des Arbeitsrechts hingewiesen, was insbesondere heute angesichts der Flut von Gesetzen und Verordnungen in anderen Bereichen erstaunlich ist. Vgl. auch zu den Unsicherheiten im Arbeitskampfrecht den Artikel "Die Unsicherheit vor dem nächsten Arbeitskampf" von Rüthers in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 7. April 1984, Nr. 84 (S. 15)

1. Grundlagen für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen

Als Anspruchsgrundlagen gegen unerlaubte Handlungen des Betriebsrates bzw. seiner Mitglieder kommen § 823 Abs. 1, 2 BGB sowie die analoge Anwendung anderer Schadensersatznormen in Betracht.

a) Anspruch wegen Verletzung eines der absolut geschützten Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB)

Voraussetzung des haftungsbegründeten Tatbestandes ist zunächst der Eingriff in eines der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten absoluten Rechte, wobei hier lediglich die Erörterung eines "sonstigen Rechtes" in Betracht kommt. Dabei kann an ein "Recht am Arbeitsplatz" ¹, "ein Recht auf Betätigung der Arbeitskraft" ², die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ³ oder die Verletzung des Koalitionsrechtes ⁴ gedacht werden. Die Diskussion darüber, ob diese Rechte überhaupt existieren bzw. als solche anerkannt sind und ob sie absolut geschützte Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellen, ist im wesentlichen zu deren Gunsten abgeschlossen, ohne aber letztlich die bestehenden Unklarheiten und die sich aus der Anerkennung ergebenden Konsequenzen hinreichend zu klären ⁵.

Die Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz wurde von der älteren Rechtsprechung ⁶ nicht vorgenommen, während sich die

1 so etwa Gamillscheg I Nr. 37 (S. 55 ff)

2 vgl. Gester, S. 160 ff

3 so ohne Begründung Dietz-Richardi, RdNr 48 zu § 75 BetrVG

4 Nipperdey in Hueck-Nipperdey (7 II/1) S. 131 ff

5 nur für Hinck, Diss., S. 76 hat die Streitfrage im Hinblick auf das Recht am Arbeitsplatz wegen des Kündigungsschutzgesetzes keine Bedeutung mehr

6 RGZ 58, S. 24 (29); 64, S. 155 (156); vgl. auch Preuß, Diss., S. 91 ff (93, 98)

neuere Rechtsprechung ¹ nur dahingehend geäußert hat, daß ein Recht am Arbeitsplatz im Sinne eines notwehrfähigen Rechts nicht besteht.

In der Literatur wird ein solches Recht mit dem Argument begründet, daß bei (von Rechtsprechung und Literatur einheitlicher ²) Anerkennung des Rechtes des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dem Arbeitnehmer quasi als Pedant dazu ein absolutes Recht an bzw. auf dem Arbeitsplatz anzuerkennen sei ³. Damit erfolgt auch im Bereich der absolut geschützten Rechte eine Gleichstellung von Kapital und Arbeit.

Daneben lassen sich weitere Umstände anführen, die - jedenfalls mittelbar - für die Anerkennung dieses Rechts sprechen. So hat durch die Neufassung des § 613 a BGB eine gewisse "Verdinglichung" des Rechts am Arbeitsplatz stattgefunden ⁴. Desweiteren ergibt sich aus der Abfindungsregelung nach §§ 9, 10 KSchG, daß der Arbeitsplatz auch in den Augen des Gesetzgebers einen gewissen Geldwert hat ⁵. Dieser Geldwert ergibt

1 BAG in DB 1978, S. 1403 (1403 f)

2 Nachweise für Rechtsprechung und Literatur bei Palandt-Thomas, Rdnr 6 g zu § 823 BGB und Westermann - Drees, Rdnr 34 - 40 zu § 823 BGB; zur Entwicklung der Judikatur zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vgl. Raiser, S. 39 ff

3 so Gramm B III 2 c bb, der insoweit die Meinung von H. Nipperdey (7 II/1) S. 131 ff wiedergibt, es aber unterläßt zu sagen, daß dieser mit der Anerkennung des Rechtes am Arbeitsplatz als absolutes Recht die rechtswidrige Aussperrung treffen wollte; vgl. auch Hueck-Nipperdey (7 II/2) S. 994 ff. Gegen die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz Söllner § 28 III, IV; ebenso Zöllner § 14 I

4 Zöllner, aaO

5 zu den sozialpolitischen Bestrebungen, die Arbeitnehmer am Ertrag des Unternehmens zu beteiligen, vgl. Raiser, S. 153 ff (155), der ebenfalls von einer vermögensrechtlichen Komponente des Arbeitsverhältnisses ausgeht

sich außerdem auch daraus, daß staatliche Leistungen wie etwa die vermögensbildenden Maßnahmen oder das Arbeitslosengeld an ein bestehendes oder bestandenes Arbeitsverhältnis anknüpfen ¹. Deutlich wird dies ebenfalls, wenn man die Einflußmöglichkeiten der Gewerkschaften hinsichtlich der Lohnhöhe betrachtet ². Außerdem stellt das KSchG keine für § 823 Abs. 1 BGB abschließende Sonderregelung dar; § 823 Abs. 1 BGB ist lediglich in dem Bereich, in dem die Regeln des KSchG Anwendung finden, eine subsidiäre Norm, da sonst einzelne Bestimmungen des KSchG ihren Sinn verlieren würden ³ (etwa die Versäumung der Klagefrist des § 4 KSchG, der den Sinn der schnellen Herbeiführung der Rechtsklarheit über die Wirksamkeit der Kündigung und damit über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses hat). Verdeutlicht wird dies weiterhin dadurch, daß dem einzelnen Arbeitnehmer Reaktionsmöglichkeiten aus dem KSchG nur gegenüber dem Arbeitgeber zustehen.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß die Literatur annähernd einstimmig von dem Bestand des Rechtes am Arbeitsplatz als absolut geschütztes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ausgeht. Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß mit der generellen Anerkennung nicht nur Schutz gegenüber Betriebsratsmitgliedern, sondern auch gegenüber beliebigen Dritten ermöglicht wird. Damit geht das Recht am Arbeitsplatz weiter als das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dessen Pendant es eigentlich sein soll, da

1 bei der zur Zeit aktuellsten Diskussion um den sogenannten Investivlohn muß (notwendigerweise) auch von einem bestehenden Arbeitsverhältnis ausgegangen werden

2 vgl. dazu ausführlich Külp, S. 220 ff

3 vgl. dazu Fabricius in AcP 160, S. 273 (310 ff); vgl. ebenso die Beispielfälle für Verletzungshandlungen Dritter und für die gleichzeitige Anwendbarkeit von KSchG und § 823 Abs. 1 BGB bei Verletzungsverhandlungen des Arbeitgebers auf S. 314 f

letzteres nur gegen unmittelbare und betriebsbezogene Eingriffe schützt ¹.

Dies ist bereits einer der Punkte, der die Schwäche der materiell-rechtlichen Position des Arbeitnehmers aufzeigt ².

Daneben wird seit der Entscheidung des BGH vom 25. Mai 1954 ³ das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ⁴. Der Umfang des Schutzbereiches ⁵ bzw. die möglichen fehlerhaften Handlungen des Betriebsrates werden dabei in erster Linie in einer Verletzung nicht bereits durch das BetrVG gegebenen Geheimhaltungsverpflichtung gesehen ⁶.

1 von daher verstehen Herschel in RdA 1960, S. 121 (123) und Katz in RdA 1956, S. 169 das Recht am Arbeitsplatz im Sinne von Betriebszugehörigkeit

2 zum Umfang des Schutzbereiches des Rechtes am Arbeitsplatz im Hinblick auf die personellen Einzelmaßnahmen vgl. ausführlich Nolting, Diss., S. 89 ff ausgehend von der Definition des Begriffs "Arbeitsplatz" von Molitor in BB 1952, S. 493 m. w. N. auf die im Ergebnis übereinstimmende Literatur

3 BGHZ 13, S. 334 (338)

4 das "sonstige Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB stellt eine der Generalklauseln, die mittelbar den Rechtsgehalt der Grundrechte auf privatrechtliche Vorschriften entfaltet, des Zivilrechts dar (zur sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte vgl. statt vieler BVerfGE 7, S. 198 und BGH aaO, die die Anwendung von Grundrechten im Zivilrecht auf den Bereich wertausfüllungsbedürftiger Normen beschränken. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man mit dem BAG (vgl. etwa BAGE 2, S. 221, Leitsatz 2), ausgehend von der Lehre Nipperdeys (Nipperdey, in Bettermann-Nipperdey, Grundrechte IV/2, S. 741 (747 ff), von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgeht).

5 vgl. dazu im einzelnen Nolting, Diss., S. 99 ff

6 vgl. insoweit Neumann-Duesberg in BB 1957, S. 715 (718)

Zuletzt kommt eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit in Betracht ¹, wobei als Verletzungshandlung beispielhaft die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates zu einer beabsichtigten Einstellung mit der Begründung angeführt wird, der Arbeitsplatzbewerber sei kein Mitglied der Gewerkschaft ².

Die beiden letzten Beispiele zeigen, daß der praktische Schwerpunkt der Problematik hier nicht liegt ³ und daher für das Ergebnis der Untersuchungen nur von dogmatischer Relevanz ist. Die Schwächen im Hinblick auf die materiell-rechtliche Position des Arbeitnehmers im Hinblick auf das Recht am Arbeitsplatz wurde aber bereits aufgezeigt.

b) Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB)

Voraussetzung für eine Schadensersatzpflicht des Betriebsrates bzw. seiner Mitglieder aus § 823 Abs. 2 BGB ist die Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes. Das ist jede Rechtsvorschrift, die den Schutz der Interessen anderer allein oder zumindest auch zum Ziel hat. Dabei muß die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches erkennbar sein oder wenigstens im Rahmen des

1 die Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit als ein Grundrecht im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG ist heute unstrittig; eine umfassende Darstellung zum Meinungsstand findet sich bei Däubler/Mayer-Mali, Negative Koalitionsfreiheit?; die negative Koalitionsfreiheit wird von der Rechtsprechung heute ohne Einschränkung anerkannt, vgl. etwa BVerfG in NJW 1981, S. 215 ff zur Frage, ob die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen (u.a.) in die negative Koalitionsfreiheit eingreift.

2 so Nolting, Diss. S. 98

3 die wenigen Urteile hatten sich mit dieser Problematik nicht auseinanderzusetzen

haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen ¹.

Es ist heute in der Literatur unumstritten, daß das BetrVG in seiner Gesamtheit kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt ². Das BAG hat in seiner bisher einzigen Entscheidung zu diesem Problembereich die Schutzgesetzqualität der §§ 78 Satz 2, 78 a BetrVG bejaht ³. Neben diesen Normen wird der Schutzgesetzcharakter weiterer Normen diskutiert, wobei sich bereits fast durchweg gefestigte Ansichten gebildet haben.

Der Schutzgesetzcharakter der §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 BetrVG sei deshalb nicht gegeben, weil sich diese Normen an die Betriebspartner richten und deren Verhalten zueinander regeln, nicht aber das der Betriebsvertretungen zu ihren eigenen Mitgliedern ⁴ und das Verhältnis der Betriebsvertretungen zu den von ihnen repräsentierten Arbeitnehmern ⁵.

1 zu den Anforderungen, die Literatur und Rechtsprechung an die Qualität eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB stellen vgl. Erman-Drees RdNr 130 zu § 823 BGB; Palandt-Thomas RdNr 9 zu § 823 BGB; RGZ 135, S. 242 (245); BGHZ 46, S. 17 (Leitsatz 3; S. 23); BGHZ 40, S. 306 (306 f); BGH in DB 1976, S. 1665; BGH in BB 1963, S. 834 (835), BAG in DB 1983, S. 1098 (1099), alle m.w.N.; vgl. ebenfalls Brill in AuR 1980, S. 353 (359)

2 so zum BRG von 1920 Hinck, Diss., S. 77 m. w. N. in Fußnote 1; zum BetrVG 1952, das in seinen wesentlichen Zügen dem BetrVG 1972 entspricht, Isele in RdA 1962, S. 373 (374) und Ocker, Diss., S. 170; vgl. dazu ausführlich Nolting, Diss. S. 102 f; Hafner Diss., S. 83 f; Gester, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung ..., S. 162; Herschel in DB 1975, S. 690

3 BAG in DB 1975, S. 1226 (1226 f) m. w. N. auf die Literatur

4 Kraft in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1979, § 2 RdNr 6; vgl. auch BAG in AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG, wonach auch das Verhalten des Arbeitgebers und der Jugendvertretung zueinander geregelt ist

5 so Söllner in DB 1968, S. 571 zu dem § 49 Abs. 1 BetrVG 1952, der mit Ausnahme der im heutigen BetrVG nicht mehr enthaltenen Gemeinwohlklausel, dem § 2 Abs. 1 BetrVG 1972 entspricht

Im Bereich der Mitbestimmung und Mitwirkung bei personellen Einzelmaßnahmen kommt nur § 102 Abs. 3 BetrVG¹ sowie dem nahezu identischen Zustimmungsverweigerungsgrund § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG Schutzgesetzqualität zu. Angenommen wird dies auch wegen des ähnlichen mit Art. 3 GG vergleichbaren Wortlautes für § 75 Abs. 1 BetrVG aufgrund der daraus resultierenden Bindung der Betriebspartner². Wegen des Wortlautes des § 75 Abs. 1 BetrVG ("im Betrieb tätige Personen") erstreckt sich der Schutzbereich allerdings nicht auf einen Bewerber.

Umstitten ist der Schutzgesetzcharakter der §§ 75 Abs. 2³, 74 Abs. 2⁴, § 35 Abs. 1, 3⁵ BetrVG, während er für § 87 BetrVG⁶ einstimmig abgelehnt wird.

-
- 1 Dietz-Richardi (5. Aufl.) Rdnr 10 zu Vorbem. § 26 BetrVG, ihm mit ausführlicher Begründung folgend Nolting, Diss., S. 104 f
 - 2 so für § 51 BetrVG 1952, aus dem § 75 Abs. 1 BetrVG 1972 entstand, Müller, Diss., S. 132 und Ocker, Diss., S. 170, beide ohne Begründung; ausführlich Nolting, Diss., S. 104 f
 - 3 gegen die Schutzgesetzqualität des § 75 Abs. 2 BetrVG Dietz-Richardi, Rdnr 46 zu § 75 BetrVG; dafür Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 51 zu § 1 BetrVG, beide ohne Begründung m. w. N. und Löwisch in AuR 1972, S. 359 (361)
 - 4 für § 74 Abs. 2 Satz 1, 2 BetrVG 1972 Fitting-Auffahrt/Kaiser Rdnr 51 zu § 1 BetrVG; Hess in Kammann-Hess-Schlochauher Rdnr 16 zu § 74 BetrVG; Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 74 Rdnr 25; gegen die Schutzgesetzqualität Dietz-Richardi (6. Aufl.) Rdnr 53 zu § 74 BetrVG entgegen seiner früheren Auffassung (5. Aufl., Rdnr 29 zu § 74 BetrVG, hier allerdings ohne Begründung); für § 49 Abs. 2 Satz 2 BetrVG 1952 Hueck-Nipperdey (7 II 2) § 69 A II 3 (S. 1344) und § 52 F IV 2 (S. 1107); Brox-Rüthers § 8 B II; Nikisch III, S. 257; Nolting, Diss., S. 106 f; Junker, Diss., S. 118 f
 - 4 für eine Anerkennung Nolting, Diss., S. 105; Galperin-Löwisch Rdnr 1 zu § 35 BetrVG 1972 in Fortführung von Galperin-Siebert Rdnr 35 zu vor § 1 BetrVG 1952; ebenso Junker, Diss., S. 116 und Reiß, Diss., S. 106 f; dagegen Dietz-Richardi Rdnr 10 zu Vorbem. § 26; für § 34 BetrVG 1952 Gester, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung ..., S. 164 f; ders. mit gleicher Argumentation in AuR 1959, S. 326 (330); Gramm, AR-Blattei B III 2 c, cc. Die Rechtsprechung hat sich - soweit ersichtlich - mit der Schutzgesetzqualität des § 35 BetrVG 1972 bzw. § 34 BetrVG 1952 noch nicht auseinandergesetzt
 - 5 vgl. Nolting, Diss., S. 109, ebenso Junker, Diss., S. 114 f

Die Tatsache, daß sich zum einen die Rechtsprechung bisher nur ein einziges Mal mit der Problematik der Schutzgesetzqualität auseinanderzusetzen hatte und zum anderen die Literatur bei ihren schon seit langem andauernden Untersuchungen - von Ausnahmen abgesehen - nicht zu einem einheitlichen Ergebnis gelangt, zeigt erneut die Schwäche der materiell-rechtlichen Position auf.

c) Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB)

Die Problematik eines Anspruchs aus § 826 BGB ist hinsichtlich des Betriebsratshaftung ausdiskutiert¹. Es besteht Einigkeit darüber, daß § 826 BGB nur bei eklatantem Mißbrauch der Amtsstellung eingreift². Das fehlerhafte Handeln des Betriebsrates wird aber diese Dimensionen in der Regel nicht erreichen, so daß § 826 BGB in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zukommt. Nicht zuletzt deswegen gelangt auch Otto zu dem Schluß, daß der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen einzelne Betriebsratsmitglieder oft die einzige, aber völlig unpraktikable Sanktion darstelle³.

d) Grundlagen für Ansprüche gegen einzelne Betriebsratsmitglieder aus analoger Anwendung von Schadensersatznormen

Wegen der dargelegten Schwäche der materiell-rechtlichen Position wird in der Literatur versucht, diese Nachteile durch die analoge Anwendung anderer zum Schadensersatz verpflichteter Normen (Gesamtanalogie zu §§ 1833, 1897, 1915, 1985, 2219 BGB; positive Forderungsverletzung; culpa in

1 Von daher soll hier nur auf die ausführlichen Darstellungen von Nolting, Diss., S. 110 ff und Hueck, Diss., S. 78 f; vgl. auch Otto in DB 1973, S. 671 eingegangen werden

2 vgl. ausführlich Nolting, Diss., S. 110 ff mit Beispielen und w. N. aus Rechtsprechung und Literatur auf S. 111 f, Hueck, Diss., S. 78 f

3 Otto in DB 1973, S. 671

contrahendo) auszugleichen, ohne daß dies - in dogmatisch überzeugender Weise - gelungen ist. Insoweit sind nur Unsicherheiten entstanden, so daß gerade keine Klärung der Problematik stattgefunden hat.

Bei der Prüfung der analogen Anwendung anderer Schadensersatznormen läßt sich zwar das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes begründen, was zunächst Voraussetzung für eine Analogie ist ¹. Die in Betracht kommenden Schadensersatznormen lassen sich aber nicht auf die Betriebsratshaftung übertragen. Allein die Übernahme eines Amtes beinhaltet nicht auch ein Dafür-Einstehenmüssen ².

Die analoge Anwendung der Haftung aus §§ 1833, 1897, 1915, 1985, 2219 BGB sowie die mit ihnen verwandten Normen § 82 KO, § 154 ZVG und § 42 VglO scheitert daran, daß es sich bei diesen Ämtern nicht um solche handelt, die mit dem Amt des Betriebsrates vergleichbar sind. Insoweit sei nur auf den Umstand verwiesen, daß das Amt des Betriebsrates durch das Unentgeltlichkeitsprinzip gekennzeichnet ist, während bei den privatrechtlichen Amtswaltern das Entgeltlichkeitsprinzip grundsätzlich maßgeblich ist.

Bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs aus pFv ist den Befürwortern ³ dieser Anspruchsgrundlage nicht überzeugend gelungen, das Bestehen eines gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses zu begründen. Sowohl die Lehre von dem gesetzlichen Sozialrechtsverhältnis ⁴ als

1 Larenz, Methodenlehre, S. 354 (356 f); vgl. dazu auch Koch/Rüßmann, S. 257 ff

2 so aber Neumann-Duesberg, S. 340; Hueck-Nipperdey (6 II) S. 688 beschränkt sich darauf, die Ämter miteinander zu vergleichen, ohne auf die Anwendung der Schadensersatzvorschriften einzugehen

3 vgl. z. B. Neumann-Duesberg, S. 340; ders. in BB 1957, S. 715 (S. 718 f) und Preuß, Diss., S. 54 ff (S. 65 f)

4 Neumann-Duesberg aaO

auch die Lehre vom gesteigerten Sozialkontakt¹, mit deren Hilfe versucht wird, das Tatbestandsmerkmal Schuldverhältnis zu konstruieren, gehen letztlich davon aus, daß sich die Beteiligten im weiteren Vorfeld einer Vertragsanbahnung befinden². Gerade dieser Umstand ist aber im Verhältnis zwischen Betriebsrat und einzelner Arbeitnehmer nicht gegeben; abgesehen davon finden diese Lehren im Gesetz keine Grundlagen³.

Ähnliche Probleme werden bei der Prüfung eines Anspruchs aus cic aufgeworfen. Ein Anspruch aus cic setzt den Bestand eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses voraus. Die Tatsache, daß ein vorvertragliches Verhältnis nicht vorliegt, vermag weder die Lehre vom gesteigerten sozialen Kontakt noch die Lehre von dem sich anbahnendem Sozialverhältnis⁴ bei der Annahme des Anspruchs aus cic nicht hinreichend zu erklären.

Abschließend läßt sich daher feststellen, daß bereits bei der Untersuchung der in Betracht kommenden Schadensersatznormen - unabhängig von weiteren Schwierigkeiten bei der Durchsetzung - in einem Umfang Unklarheiten verbleiben, die einen Arbeitnehmer praktisch davon abhalten werden, ein Schadensersatzverfahren gegen den Betriebsrat bzw. seine Mitglieder anzustrengen.

1 zu den Tatbestandsvoraussetzungen vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht AT I 2, S. 89 (S. 90 f)

2 zu den Einzelheiten vgl. Esser-Schmidt aaO und Frotz in Gedenkschrift für F. Gschnitzer, S. 163 (172 f), der bei der Untersuchung der culpa in contrahendo zu diesem Schluß gelangt

3 im Ergebnis ebenso Brill in AuR 1980, S. 353 (357); Reiß, Diss., S. 76 f; Ocker, Diss., S. 171 ohne nähere Begründung; deswegen findet sich auch ein solcher Ansatz nicht bei Canaris, Vertrauenshaftung ..., das eines der ausführlichsten Schriften zu dem Problem der Haftung außerhalb des geschriebenen Rechtes darstellt (vgl. etwa S. 440 ff)

4 Neumann-Duesberg, S. 344 f und Fußnote 46 zu S. 345

2. Probleme im Zusammenhang mit allen Schadensersatzansprüchen

Neben den bisher erörterten Problemen bei der Herleitung der einzelnen Schadensersatznormen ergeben sich Diskussionspunkte, die bei allen Anspruchsgrundlagen relevant sind.

Unklar ist bereits in diesem Zusammenhang die Art der Rechtsfolge der Schadensersatzansprüche, also die Frage in welcher Form der Schadensersatz zu leisten ist ¹. Das Schadensersatzrecht geht nach § 249 Satz 1 BGB von dem Grundsatz der Naturalrestitution aus, so daß man deshalb daran denken könnte, daß der Schadensersatz in Form der nachträglichen Zustimmungserklärung/-verweigerung oder der nachträglichen Erklärung des Widerspruches bzw. Widerrufs des Kündigungsverlangens zu leisten ist. Folge dieses Ansatzes ist es aber, daß es auf dem Umweg über die Schadensersatzansprüche doch zu einer gerichtlichen Kontrolle über das Verhalten des Betriebsrates kommt, deren Konsequenzen nicht im bloßen geldwerten Ersatz bestünde. Hinzu kommt, daß die Naturalrestitution bereits in den Fällen ausscheidet, in denen die Entscheidung des Betriebsrates bereits von dem Arbeitgeber umgesetzt wurde.

Schwierigkeiten ergeben sich auch bei der Frage, welches Gericht sachlich für einen Schadensersatzanspruch zuständig ist. Die Eröffnung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten kommt allein über eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 9 ArbGG ² in Betracht. Dies läßt sich aber nicht mit dem Regelungstatbestand vereinbaren, da § 2 Abs. 1 Nr. 9 ArbGG

-
- 1 die Feststellung von Nolting, Diss., S. 179, die Arbeitnehmer sind so zu stellen, als hätten die betrieblichen Interessenvertreter ihre Aufgaben pflichtgemäß wahrgenommen, ist wenig aussagekräftig, weil es an Ausführungen darüber fehlt, was dies für Konsequenzen hat
 - 2 die direkte Anwendung scheidet aus, weil § 2 Abs. 1 Nr. 9 ArbGG eine individualrechtliche Streitigkeit, die sich aus der gemeinsamen Arbeit ergeben hat, zwischen Arbeitnehmern voraussetzt, vgl. Grunsky RdNr 128 zu § 2 ArbGG

von Arbeitnehmern, also Plural, spricht, die Betriebsratsmitglieder aber nicht in ihrer Funktion als Arbeitnehmer handeln. Insoweit liegt also keine für die Annahme einer Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage vor.

Damit ist für diese Streitigkeit vielmehr nach der allgemeinen Zuständigkeitsregel des § 13 GVG der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Naturalrestitution in diesem Zusammenhang bedeutet aber, daß die rechtmäßige Betriebsratserklärung zu der Maßnahme nachträglich erklärt wird, soweit dies in Betracht kommt. Damit nehmen die ordentlichen Gerichte rein tatsächlich Aufgaben wahr, für die rein materiell eigentlich die Arbeitsgerichte zuständig sind. Von daher müßte konsequenterweise der Schadensersatz auf Geld beschränkt sein, zumal die Zuweisung an einen Gerichtszweig, der für Schadensersatzansprüche, aber nicht für die den Schadensersatzanspruch auslösende Materie zuständig ist, dem deutschen Recht nicht fremd ist ¹.

Deutlich wird durch diese Darstellung somit eine weitere Schwäche der materiell-rechtlichen Position des Arbeitnehmers: es bestehen - unabhängig von der Frage nach einer Anspruchsgrundlage - bereits Schwierigkeiten, das sachlich zuständige Gericht zu bestimmen.

Weiterhin wird berechtigterweise diskutiert, wie sich dogmatisch ein teleologischer Ausschluß bzw. eine Einschränkung der Schadensersatzverpflichtung des Betriebsrates bzw. seiner einzelnen Mitglieder herbeiführen läßt, da die uneingeschränkte Anerkennung eines solchen Anspruchs das Ende der betrieblichen Interessenvertretung darstellen könnte ².

1 vgl. etwa Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG und § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO; die Rechtmäßigkeit beurteilt sich insoweit allein nach öffentlich-rechtlichen Normen

2 für Preuß, Diss., S. 78 ist dies deshalb unproblematisch, weil das einzelne Betriebsratsmitglied jederzeit gem. § 24 BetrVG 1952 (jetzt § 24 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) sein Amt niederlegen könne

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß das Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG wegen des Quorums von einem Viertel der Arbeitnehmer keine abschließende Sanktionsmöglichkeit darstellt¹. Auch aus einer Verallgemeinerung der Schadensersatzfreiheit bei einstweiligen Verfügungen gem. § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, § 945 ZPO läßt sich ein Haftungsausschluß nicht herleiten, da durch § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG nur dem Betriebsrat tatsächlich die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes abgesichert werden sollte, ohne daß dies an der Überlegung hinsichtlich möglicher Schadensersatzansprüche scheitert. Aus dem BetrVG ergibt sich ebenfalls keine generelle Bevorzugung des Kollektivs zu Lasten des Einzelnen, da mit Ausnahme der §§ 81 ff BetrVG Individualrechte im BetrVG nicht geregelt sind².

Ein Ausschluß der (bestehenden) Schadensersatzansprüche ist damit dogmatisch nicht begründbar.

Auch die Ansätze, die eine Einschränkung der Schadensersatzpflicht untersuchen, kommen durchweg zu einer Ablehnung³.

1 vgl. Otto in DB 1973, S. 671; ihm folgend Niederalst, Diss., S. 138; Derleder geht in AuR 1980, S. 353 (365) im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat davon aus, daß die Sanktionsinstrumente des BetrVG als *leges speciales* zum deliktrechtlichen Schutz des Gewerbebetriebes nach § 823 Abs. 1 BGB aufzufassen sind. In diesem Verhältnis besteht allerdings die Besonderheit, daß dem Arbeitgeber im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer neben § 23 BetrVG weitere betriebsverfassungsrechtliche Reaktionsmittel gegeben werden (z. B.: Ersetzungsverfahren nach § 99 IV BetrVG, vorläufige personelle Maßnahmen nach § 100 BetrVG)

2 nach der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes in Drucksachen des Bundesrates 1970, Band 15, 715/70, S. 47 (zu § 81) beschränken sich die Individualrechte auf den Bereich "rund um den Arbeitsplatz"

3 Reiß, Diss., S. 120 f schließt eine Haftung des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber für leichte Fahrlässigkeit deshalb aus, weil diese gleichberechtigte Partner seien, sonst eine hinderliche Belastung bei der Verwirklichung seiner Aufgaben gegeben sei und die Aufgabenstellung in gewissem Maße das Risiko einer Schädigung des Arbeitgebers in sich trage. Diese Gründe lassen sich - mit Ausnahme des zweiten - nicht auf das Verhältnis zwischen Betriebsrat und einzelnen Arbeitnehmer übertragen

Diskutiert wird eine Übertragung der Grundsätze der gefahrgeneigten Tätigkeit ¹, wobei diese letztlich daran scheitert, daß die Grundsätze auf der Übertragung der Arbeit von dem Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer basieren und damit mit der Tätigkeit des Betriebsrates nicht vergleichbar sind. Die Anwendung eines "konkretisierten" Fahrlässigkeitsbegriffs ² scheitert bereits an der fehlenden Faßbarkeit des Begriffs, während eine Parallele zwischen dem eingeschränkten Rückgriffsanspruch aus Art. 34 Satz 2 GG des Staates gegenüber dem Beamten und dem Betriebsrat wegen des Ausnahmecharakters des Art. 34 Satz 2 GG nicht gezogen werden kann ³.

Zuletzt wird die Anwendung zivilrechtlicher Haftungseinschränkungen (*diligentia quam in suis* nach §§ 690, 708, 1359 BGB oder Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gem. §§ 521, 599, 680 BGB) diskutiert. Voraussetzung für eine Übertragung ist in allen Fällen, daß auch die Gründe für diese Einschränkungen auf die fehlerhafte Handlung des Betriebsrates übertragen werden können. Von daher scheiden die Haftungsbeschränkungen aus, die - wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag - wegen Schadensersatzansprüchen bei unüberlegtem Handeln zur Abwendung drohender und dringender Gefahren normiert wurden.

Allein die Haftungsbeschränkung des § 599 BGB könnte sich

1 Frey in AuR 1956, S. 269 (271); angesprochen bei Brill, aaO, S. 357, aber offengelassen

2 so Neumann-Duesberg in RdA 1962, S. 289 (301)

3 vgl. ausführlich Weiss in RdA 1974, S. 269 (279) und Brill in AuR 1980, S. 353 (358); deshalb wurde dessen Ausdehnung auf die nichtbeamteten Angestellten des öffentlichen Dienstes nur nach längeren Diskussionen bejaht (vgl. dazu Matz in Jb des öffentlichen Rechts, Neue Folge Band 1, Art. 34, S. 328 f; Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates Bonn 1948/49, S. 221 f, 328)

auf die Haftung des Betriebsrates übertragen lassen¹, wenn man in erster Linie auf die gem. § 37 Abs. 1 BetrVG unerläßliche Unentgeltlichkeit² abstellt. Eine Untersuchung hat aber zu diesem Punkt - soweit ersichtlich - noch nicht stattgefunden. Die Möglichkeit zeigt aber, daß der Arbeitnehmer einer weiteren Ungewißheit in einem Schadensersatzproß ausgesetzt ist. Es ist allerdings auch darauf hinzuweisen, daß eine Einschränkung der Haftung des Betriebsrates auch zu Lasten des Arbeitgebers geht, also einen Bereich betrifft, in dem eine weitaus größere Anzahl von haftungsbegründenden Handlungen möglich ist³.

Neben diesen Problemen, die sich im Zusammenhang mit den haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Tatbeständen aller Schadensersatznormen ergeben, stellt sich die Frage nach der Kausalität und des Mitverursachens, da die Besonderheit besteht, daß bei den rechts- bzw. pflichtwidrigen Handlungen (teilweise) der Arbeitgeber und/oder das Arbeitsgericht bzw. die Einigungsstelle mitwirken. Es ist heute unstreitig, daß der adäquate Zusammenhang dadurch nicht unterbrochen wird⁴. Darüber hinaus wird noch diskutiert, ob der Kreis pflichtwidriger Verhaltensweisen durch

1 angesprochen, aber im Ergebnis offengelassen, wird die entsprechende Anwendung von § 599 BGB von RGZ 65, S. 17 (20); RG in LZ 1918, Spalte 496

2 allgemeine Ansicht, vgl. etwa Galperin/Löwisch (6. Aufl.) Rdnr 9 zu § 37 BetrVG; Dietz-Richardl Rdnr 5 zu § 37 BetrVG; Wiese in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1984, § 37 Rdnr 8; Hueck-Nipperdey (7 II 2) § 56 A I (S. 1161); Stege-Weinspach, S. 165

3 vgl. dazu etwa Brill in AuR 1980, S. 353 (358)

4 Neumann-Duesberg in JR 1955, S. 205 (207). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf eine Darstellung des Streitstandes verzichtet. Vgl. aber die umfassenden Erörterungen bei Neumann-Duesberg, aaO; Junker, Diss., S. 59 ff; Herschel in RdA 1960, S. 121 (125), Weiss in RdA 1974, S. 269 (270 f); Nolting, Diss., S. 156 ff (160 ff) und Preuß, Diss., S. 87 alle m. w. N.

ein dem Betriebsrat eingeräumtes Ermessen eingeschränkt wird ¹. Einigkeit besteht darin, daß eine Pflichtverletzung dann (in Anlehnung an die beamtenrechtliche Regelung) gegeben ist, wenn das Betriebsratsmitglied schwerwiegende Fehler begeht, d. h. willkürlich gehandelt hat, also insbesondere keine sachlichen Erwägungen vorgenommen hat, die Ermessensschränken bewußt außer acht gelassen hat, sachfremde Überlegungen walten ließ oder in so hohem Maße fehlsam gehandelt hat, daß die Maßnahme mit an eine ordnungsgemäße Handlungsweise zu stellende Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist ². Nur insoweit ist eine gerichtliche Kontrolle möglich ³, eine gerichtliche Überprüfung der Zweckmäßigkeit scheidet ansonsten aus ⁴.

Zuletzt stellt sich für den Arbeitnehmer als Schwäche seiner materiell-rechtlichen Position die Frage, ob der Betriebsrat bzw. seine Mitglieder auch bei Rechtsirrtum aus einer Verschuldungshaftung in Anspruch genommen werden kann bzw. welcher Maßstab für die Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums gilt. Es bietet sich an - mangels fehlender Rechtsprechung - die Kriterien des BAG für die Haftung von Gewerkschaften für rechtswidrige Arbeitskämpfe ⁵ auf die Haftung des Betriebsrates zu übertragen. Danach kann einer Gewerkschaft dann kein (haftungsrechtlicher) Schuldvorwurf bei einem rechtswidrigen Streik gemacht werden, wenn über die rechtliche Zulässigkeit einer tariflichen Regelung unterschiedliche Auffassungen bestehen ⁶.

1 zur Frage des Ermessens vgl. ausführlich Nolting, Diss., S. 165 ff

2 Nolting, Diss., S. 172 im Anschluß an BGHZ 4, S. 10 (23), BGH in WPM 1963, S. 787 (791) und BGH in NJW 1957, S. 298 (300)

3 Dietz-Richardi RdNr 43 zu § 33 BetrVG; Wiese in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1983, § 33 RdNr 46

4 Wiese aaO; Galperin-Löwisch RdNr 22 zu § 33 BetrVG

5 BAG in AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

6 vgl. ausführlich BAG aaO

Wenn man diese Grundsätze anwendet, so liegt allerdings ein Haftungsausschluß wegen fehlenden Verschuldens nur in seltenen, nicht aber in den krassen Beispielfällen der Einleitung vor.

3. Probleme bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen

Während die bisher geschilderten Schwächen der materiell-rechtlichen Position des Arbeitnehmers darauf beruhen, daß die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Schadensersatznormen nur mit Schwierigkeit begründet werden können, so soll im folgenden noch auf die Probleme hingewiesen werden, die sich im prozessualen Bereich, d. h. in erster Linie im Bereich der Beweisführung ergeben.

Es kann heute als unstreitig angesehen werden, daß für die schadensersatzbegründenden Handlungen des Betriebsrates keine dritte Stelle oder Person eintreten muß. Eine Einstandshaftung der Belegschaft läßt sich zum einen wegen der fehlenden rechtlichen Faßbarkeit¹ und zum anderen wegen dem Fehlen einer entsprechenden Zurechnungsnorm nicht begründen, da die Tatbestandsvoraussetzungen der in Betracht kommenden §§ 31, 89 BGB², § 831 BGB³ und § 278 BGB nicht vorliegen.

Eine Eigenhaftung des Betriebsrates kommt deshalb nicht in Betracht, weil dieser nach heutiger Ansicht als Repräsentant

1 vgl. ausführlich zur Rechtsnatur der Belegschaft Dietz-Richardi RdNr 5 ff zu § 1 BetrVG; Thiele in GK-BetrVG Einleitung RdNr 66; Nolting, Diss., S. 65 ff; Müller, Diss., S. 60; Ocker, Diss., S. 135; Hinck, Diss., S. 20 ff sowie als Begründer der Lehre von der Belegschaft als juristischer Teilperson Kaskel in NZArbR 1921, Spalte 11 (14 ff)

2 vgl. ausführlich Ocker, Diss., S. 153

3 vgl. insoweit statt vieler Palandt-Thomas RdNr 3 a zu § 831; vgl. ebenfalls Weimar in B1StSozArbR 1949, S. 229 (230)

der Belegschaft ¹ nur im Rahmen des § 40 BetrVG als teilrechts- und vermögensfähig angesehen werden kann ². Nur in diesem Bereich kommt damit dem Betriebsrat der Status eines Haftungsschuldners zu.

Daneben werden mit durchweg negativen Ergebnissen Einstandshaftungen des Staates ³, des Arbeitgebers ⁴ und einzelner Arbeitnehmer ⁵ diskutiert. Die ablehnenden Ergebnisse werden zu Recht mit den nicht vorliegenden Tatbestandsmerkmalen der in Betracht kommenden Zurechnungsnormen begründet.

Da sich eine Einstandshaftung für niemanden begründen läßt, besteht daher nur die Möglichkeit der Haftung einzelner Betriebsratsmitglieder. Besteht der Betriebsrat aber nicht nur aus einem Obmann, sondern aus mehreren Mitgliedern und sind diese an einer Handlung beteiligt, die einen Schadensersatzanspruch auslöst, so haften sie nach § 840 Abs.1 BGB als Gesamtschuldner.

1 zu den einzelnen Auffassungen vgl. Thiele in GK-BetrVG, Einleitung Rdnr 75 ff und Kraft in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1984, § 1 Rdnr 39 ff; Säcker in RdA 1965, S. 372 (375) mit Nachweisen in Fußnote 33 bis 41, Müller, Diss., S. 63 ff; Richardi in RdA 1972, S. 8 (10); Niederalft, Diss., S. 106 ff; zu Herleitung und Begriff der Repräsentation vgl. Wolff, Band 2, S. 16 alle m. w. N.

2 die Teilrechts- und Vermögensfähigkeit innerhalb eines bestimmten Bereiches ist für eine juristische Person oder Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt, vgl. etwa BGHZ 20, S. 119 (122 ff) m. w. N. (sog. "ultra vires" Theorie). Deren Anwendung im Bereich des Zivilrechts wird dabei ausdrücklich offengelassen

3 vgl. insoweit ausführlich Nolting, Diss., S. 74 f

4 vgl. etwa Ocker, Diss., S. 155 m. w. N. in Fußnote 2 Sorge in AuR 1953, S. 272 (274) für den im Wortlaut gleichen § 39 Abs. 1 BetrVG 1952; ihm folgend Nolting, Diss., S. 62 f; Brill in DB 1977, S. 2139

5 vgl. statt vieler Ocker, Diss. S. 152 f und Müller, Diss., S. 101

Konsequenz dieses Umstandes ist es, daß der betroffene Arbeitnehmer die Beteiligung des einzelnen Betriebsratsmitglieds an der rechtswidrigen Handlung nachweisen muß. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang ein Untersuchungsergebnis von Höland, wonach mehr als ein Viertel der gekündigten Arbeitnehmer über die Reaktion des Betriebsrates in ihrem Fall nichts wußte¹. Dabei ist der Anteil der Nicht-Informierten bei den un- und angelernten Arbeitnehmern rund doppelt so hoch wie bei den Facharbeitern und den Angestellten².

Da die Betriebsräte regelmäßig in ihren Geschäftsordnungen geheime Abstimmung beschließen³, kann der betroffene Arbeitnehmer nicht beweisen, welches einzelne Betriebsratsmitglied gegen ihn gestimmt und damit den Schaden mitverursacht hat.

Alle Lösungsversuche orientieren sich - mangels entsprechender Regelungen in BetrVG - an der direkten oder analogen Anwendung der Beweislastregel des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es besteht heute Einigkeit dahingehend, daß eine direkte Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB daran scheitert, weil dort Zweifel über die Urheberschaft bei mehreren unabhängig begangenen Handlungen, die einen Schaden verursachen⁴, geregelt ist, dies aber bei einem nicht einstimmig ergangenen

1 Höland, Diss., S. 251 f, tabellarischer Überblick S. 188

2 ders., Diss., S. 139, tabellarischer Überblick S. 138

3 vgl. ausführlich zu dem Abstimmungsverfahren Wiese in GK-BetrVG, 2. Bearb. 1983, § 33 Rdnr 5, 24 ff; § 36 Rdnr 13; Nolting, Diss., S. 177, geht ohne Begründung von einem bestehenden Abstimmungsgeheimnis aus

4 Palandt-Thomas, Rdnr 3 c aa zu § 830 BGB

Betriebsratsbeschuß nicht der Fall ist; hier steht fest, daß eine Minderheit zu Gunsten des betroffenen Arbeitnehmers gestimmt hat ¹.

Die Schwierigkeiten der analogen Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben sich deshalb, weil dessen Zweck darin besteht, in den Fällen in denen sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat, den Ersatzanspruch des Geschädigten nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern zu lassen ². Grundgedanke ist aber, daß alle Beteiligten eine unerlaubte Handlung begangen haben durch die der Schaden verursacht sein könnte, ohne daß der tatsächliche Urheber festgestellt werden kann. Wenn aber der Beschluß z. B. mit sechs gegen drei Stimmen zu Lasten des Arbeitnehmers gefaßt wird, steht fest, daß drei Betriebsratsmitglieder keine unerlaubte Handlung begangen haben können, ihr Verhalten vielmehr rechtmäßig war ³. Damit ist die für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage nicht gegeben ⁴.

Ausgehend vom Wunsch, den betroffenen Arbeitnehmer nicht schutzlos zu stellen, wird § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB in den

1 so auch Preuß, Diss., S. 86; trotzdem gehen Neumann-Duesberg, S. 337; Reiß, Diss., S. 128 f offenbar von der direkten Anwendbarkeit aus ohne dies allerdings zu begründen. Ähnliche Bedenken wie hier äußert Niederalft, Diss., S. 263

2 Palandt-Thomas Rdnr 3 b zu § 830 BGB; BGHZ 72, S. 355 (358)

3 so Weiss in RdA 1974, S. 269 (271) unter Hinweis auf die Rechtslage für die Beschlußfassung durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft. Eine Haftung nach § 93 AktG tritt nur dann ein, wenn das Verschulden für jeden Abstimmungsbeitragenden getrennt festgestellt ist (vgl. Schilling in Großkomm. AktG (I/2) § 93 Anm. 22)

4 im Ergebnis ebenso Preuß, Diss., S. 86

vorliegenden Fällen von der Literatur analog angewendet¹. Begründet wird diese Auffassung damit, daß ein rechtswidriger Betriebsratsbeschuß dem Grundgedanken des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, der von einem "gefährdenden Tun" mehrerer ausgehe, vergleichbar sei, weil einschneidend in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers eingegriffen und ihm über Gebühr Schaden zugefügt werde². Den einzelnen Betriebsratsmitgliedern wird dabei die Möglichkeit der Exculpation eingeräumt.

Die Überlegungen sind aber aus den oben angeführten Gründen dogmatisch nicht haltbar³. Im Übrigen verkennen diejenigen, die § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) anwenden und dem einzelnen Betriebsratsmitglied den Gegenbeweis einräumen, daß dieser Beweis praktisch auch nur durch Aufhebung des Abstimmungsgeheimnisses geführt werden kann.

Abschließend kann daher festgestellt werden, daß Schadensersatzansprüche - unabhängig von den dogmatischen Problemen bei dem haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Tatbestand - praktisch daran scheitern, daß es nicht gelingt, den konkreten Schuldnachweis bezüglich jedes einzelnen Betriebsratsmitgliedes zu führen, wenn nicht auf das Abstimmungsgeheimnis verzichtet wird. Einem solchen Verzicht

1 so etwa Dietz-Richardi (5. Aufl.) Rdnr 8 zu Vorbem. § 26 BetrVG (dagegen in der 6. Aufl. Rdnr 17 zu Vorbem. § 26 BetrVG); Galperin-Löwisch (6. Aufl.) Rdnr 36 vor § 1 BetrVG, der allerdings wahlweise die direkte oder analoge Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB anbietet; Fitting-Auffahrt-Kaiser Rdnr 38 zu § 1 BetrVG; Nikisch III § 101 VI 3 (S. 175); ebenso Brill in Arbeit und Recht 1980, S. 353 (356), alle ohne Begründung

2 Neumann-Duesberg S. 337, der als einziger diese Absicht begründet

3 im Ergebnis ebenso Weiss in RdA 1974, S. 269 (271); Buchner in Festschrift für Gerhard Müller, S. 93 (113); jetzt auch Dietz-Richardi (6. Aufl.) Rdnr 17 zu Vorbem. § 26 BetrVG

stehen zumindest gesetzliche Regelungen nicht entgegen und wäre daher in der Geschäftsordnung des Betriebsrates entsprechend regelbar.

Wird aber der Verzicht in der Geschäftsordnung nicht festgeschrieben, so kann der betroffene Arbeitnehmer seine materiell-rechtlichen Ansprüche nicht durchsetzen. Damit ist die letzte - und schwerwiegendste - Schwäche der materiell-rechtlichen Position des Betroffenen aufgezeigt.

Um so erforderlicher ist daher eine Untersuchung darüber, ob es prozessuale Reaktionsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitnehmers gibt, die sich unmittelbar gegen Entscheidungen des Betriebsrates richten. Damit entfällt das Erfordernis der Geltendmachung von (mittelbaren) Schadensersatzansprüchen.

C.) Zweites Kapitel:

Prozessuale Reaktionsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitnehmers gegen Entscheidungen des Betriebsrates

Wie bereits oben in der Einleitung dargestellt, wurden die Beteiligungsrechte des Betriebsrates kontinuierlich erweitert. Mit der Schaffung des BetrVG 1972 wurden die potentiellen Streitpunkte, insbesondere im Bereich der zwingenden Mitbestimmung, deutlich vergrößert. Dadurch gewann auch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren erheblich an Bedeutung¹. Dieses Verfahren kennt im Unterschied zu dem Urteilsverfahren keine Parteien, sondern Beteiligte². Der Begriff des Beteiligten im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren ist umstritten. Aus dem Antragserfordernis des § 81 Abs. 1 ArbGG folgt, daß der Antragssteller und der Antragsgegner Verfahrensbeteiligte sind. Daneben bestimmt § 83 Abs. 3 ArbGG, daß weitere Personen und Stellen anzuhören sind.

Auch der Gesetzgeber hat offensichtlich eine Abstufung der Beteiligtenstellung des einzelnen Arbeitnehmers gewollt. Das ergibt sich aus § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Danach ist der betroffene Arbeitnehmer in dem Zustimmungsersetzungsverfahren zu einer außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes Beteiligter. Ohne auf § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG einzugehen, differenziert Grunsky³ zwischen den unmittelbar Beteiligten und den Beteiligten im weiteren Sinne, die nach § 83 Abs. 3 ArbGG anzuhören sind. Der Fall des § 103

1 vgl. dazu Wichmann in ArbuR 1974, S. 203 und S. 204

2 vgl. § 10 und § 83 ArbGG

3 Grunsky Rdnr 9 und 10 zu § 83 ArbGG

Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist der unmittelbaren Beteiligung zuzuordnen. Die Stellung des Beteiligten im weiteren Sinne unterscheidet sich von der des unmittelbar Beteiligten dadurch, daß die des letzteren weiter ist, als die einer Person, die lediglich anzuhören ist. So hat beispielsweise der unmittelbar Beteiligte im Gegensatz zu dem nach § 83 Abs. 3 ArbGG lediglich anzuhörenden Beteiligten im weiteren Sinn die Möglichkeit, nach einem für ihn negativen Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG unabhängig vom Verhalten des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG Beschwerde¹ oder unter den Voraussetzungen des § 92 ArbGG Rechtsbeschwerde einzulegen².

Eine dem § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vergleichbare positive Regelung des unmittelbar Beteiligten ergibt sich weder an einer anderen Stelle des BetrVG noch aus dem ArbGG. Daraus könnte man auch folgern, daß der betroffene Arbeitnehmer in den anderen Fällen des Beschlußverfahrens offensichtlich nicht unmittelbar Beteiligter sein kann.

Die folgende Untersuchung soll deshalb zur Klärung der Problematik beitragen, wann der einzelne, von der Ausübung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates betroffene Arbeitnehmer in dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren die Stellung eines Beteiligten einnimmt und wie diese verfahrensrechtliche Stellung ausgestaltet ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die verfahrensrechtliche Stellung des Beteiligten im weiteren Sinne wenig geklärt ist³. Außerdem sieht das BetrVG verschiedentlich vor, daß bei fehlender Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber auf Antrag von

1 LAG Hamm in DB 1975, S. 939

2 Fitting-Auffahrt-Kaiser RdNr 14 zu § 103 BetrVG

3 Grunsky RdNr 10 zu § 83 ArbGG

einem dieser beiden die Einigungsstelle entscheidet. Auch hier stellt sich die Frage, welche Stellung der einzelne Arbeitnehmer in dem Verfahren vor diesem Gremium hat.

I. Stellung des Arbeitnehmers im eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach §§ 80 ff ArbGG

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme nach § 99 BetrVG oder zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 103 BetrVG, so kann das Arbeitsgericht auf einen Antrag des Arbeitgebers nach § 80 Abs. 1 ArbGG die Zustimmung ersetzen. (Das Zustimmungsersetzungserfordernis zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 103 Abs. 1 BetrVG soll hier unberücksichtigt bleiben; die eingangs aufgezeigte Problematik, ein Fehlverhalten des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitnehmer ist für den Fall, daß es zu einem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren kommt, nicht denkbar. Zu diesem kommt es nur, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert. In diesem Fall handelt er aber im Interesse des gekündigten Arbeitnehmers. Stimmt er der außerordentlichen Kündigung zu, oder äußert er sich nicht, so sind bei der letzteren Alternative die Konsequenzen zwar umstritten, auf keinen Fall kommt es aber zu einem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren.)

Wer in dem Beschlußverfahren vor dem Arbeitsgericht welche Rechte hat, ist umstritten. In dem Fall der verweigerten Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme kann der Arbeitgeber einen Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG, § 81 Abs. 1 Satz 1 ArbGG stellen. Aus dem Antragserfordernis folgt, daß allein der Antragssteller,

hier also der Arbeitgeber, die Verfahrensbeteiligten nach der gesetzlichen Regelung durch seinen Antrag festlegt ¹.

Der Begriff des Antragsgegners wird in den Regelungen über das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nach §§ 80 ff ArbGG nicht erwähnt. Unabhängig davon, ob man daraus den Schluß zieht, daß es einen Antragsgegner in diesem Verfahren nicht gibt, so wäre dies, wenn es einen gäbe, im vorliegenden Fall der Betriebsrat; denn der Rechtsschutz, den der Arbeitgeber nach § 99 Abs. 4 BetrVG begehrt, richtet sich gegen jenen, da es sich nach § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG um eine Angelegenheit aus dem BetrVG, nämlich der Zustimmungsersetzung handelt. Der von der personellen Einzelmaßnahme betroffene Arbeitnehmer ist dadurch nicht unmittelbarer Verfahrensbeteiligter. Aus § 83 Abs. 3 ArbGG ergibt sich aber, daß die im einzelnen Fall beteiligten Arbeitnehmer anzuhören sind.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und in welchen Fällen dem betroffenen Arbeitnehmer ein Anhörungsrecht zusteht ² - er also Beteiligter im weiteren Sinne ist oder ob ihm in Erweiterung des § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auch in anderen Fällen - und damit ohne positive gesetzliche Regelung - die Stellung eines unmittelbar Beteiligten zukommen kann.

1 Grunsky Rdnr. 27 zu § 80 ArbGG unter Hinweis auf Dunkl, S. 88 ff

2 selbst dies ist umstritten. So hat das Bundesarbeitsgericht in einem Beschluß vom 27. Mai 1982 (BB 1983, S. 442) dem von einer geplanten Versetzung betroffenen Arbeitnehmer die Beteiligtenstellung nach § 83 Abs. 3 ArbGG abgesprochen und ihn deshalb nicht angehört.

1. Herleitung der Beteiligtenstellung aus dem Arbeitsgerichtsgesetz

Ausgangspunkt der Untersuchung ist § 83 Abs. 3 ArbGG. Daraus könnte sich zumindest die Verpflichtung zur Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers ergeben. Ohne auf die Differenzierung zwischen unmittelbar Beteiligten und Beteiligten im weiteren Sinne einzugehen, ging auch das Bundesarbeitsgericht bisher von einer Beteiligtenstellung aus ¹.

Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht in einem Beschluß vom 27. Mai 1982 ² aufgegeben und deshalb von einer Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers abgesehen. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß Beteiligter nach § 83 Abs. 3 ArbGG nur sein könne, wer von der zu erwartenden Entscheidung in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen oder berührt werde. Gegenstand des Beschlußverfahrens (nach § 99 Abs. 4 BetrVG) sei nur die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates sowie dessen Zustimmungsverweigerungsrecht. Für den einzelnen Arbeitnehmer habe das Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG allenfalls individualrechtliche Auswirkungen. Nur in seinen betriebsverfassungsrechtlichen Rechten, z. B. dem Wahlrecht zum Betriebsrat oder das Beschwerderecht nach § 84 BetrVG, werde der Arbeitnehmer unmittelbar betroffen.

1 BAGE 2, S. 97; 23, S. 196 (209) jeweils für § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG 1953, der § 83 Abs. 3 ArbGG 1979 entspricht; BAG in BB 1971, S. 1154, Leitsatz 9; BAG in BB 1978, S. 1719; zuletzt BAG in BB 1981, S. 1833

2 BAG in EzA Nr. 1 zu § 83 ArbGG 1979 unter Hinweis auf die früher vertretene Ansicht

Mit einer ähnlichen Argumentation hatte das Bundesarbeitsgericht die Beteiligtenstellung bejaht bzw. für möglich gehalten¹. Danach war der einzelne Arbeitnehmer Beteiligter, wenn es sich um seine Stellung als Mitglied der Belegschaft, d. h. innerhalb der Betriebsverfassung handelte.

Mit der jetzt vertretenen Ansicht tritt das Bundesarbeitsgericht aber nicht nur in Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtssprechung, sondern auch zu der von ihm selbst vertretenen Auffassung über den Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens. Dieses dient nämlich nicht nur dazu, betriebsverfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheiten beizulegen, sondern auch zum Betriebsfrieden überhaupt beizutragen². Bereits hier werden Widersprüche durch die neue Rechtsprechung des BAG hervorgerufen, die es bedenklich erscheinen lassen, ihr zu folgen. Denn, wenn eine Anhörung des einzelnen Arbeitnehmers nicht erfolgt, kann von einer Realisierung des Betriebsfriedens nicht gesprochen werden. Die ältere Rechtsprechung wurde gerade damit begründet, daß das Beschlußverfahren Auswirkungen über die Beteiligten hinaus auf andere Stellen und Personen habe. Dies ergebe sich gerade aus § 83 Abs. 3 ArbGG. Außerdem ist, wenn man der neuen Auffassung des Bundesarbeitsgerichts folgt, ein Fall des § 83 Abs. 3 ArbGG nur noch in wenigen Möglichkeiten, beispielsweise bei Streitigkeiten um das aktive und passive Wahlrecht, denkbar. Aus der sich grundsätzlich ergebenden Möglichkeit der Anhörung eines Arbeitnehmers ergibt sich aber, daß allein für diese wenigen Fälle § 83 Abs. 3 ArbGG wohl kaum geschaffen worden ist. Die Möglichkeit der Anhörung scheidet aber weitgehend aus, wenn man die Voraus-

1 BAGE 2, S. 97

2 BAG in AP Nr. 15 zu § 37 BetrVG 1972;

setzungen des § 83 Abs. 3 ArbGG in den Fällen des § 99 Abs. 4 BetrVG als nicht gegeben erachtet. Mit dem Postulat der unmittelbaren Beeinträchtigung der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des einzelnen Arbeitnehmers wird das Anhörungsrecht nach § 83 Abs. 3 ArbGG praktisch abgeschafft.

Diese Konsequenzen sowie die Widersprüche zu der älteren Rechtsprechung und zum Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens verdeutlichen, wie wenig ergiebig der Wortlaut des § 83 Abs. 3 ArbGG ist. Deshalb soll im folgenden insbesondere eine systematische und teleologische Auslegung sowie ein Vergleich mit ähnlichen Verfahrensvorschriften tiefergehende Klarheit über die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmer geben.

2. Auslegung und Hintergrund des im Arbeitsgerichtsgesetz normierten Anhörungsrechts

Das im ArbGG normierte Anhörungsrecht ist letztlich Ausprägung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Aus diesem Grundsatz leiten die Literatur¹ und leitete die Rechtsprechung² für den betroffenen Arbeitnehmer die Beteiligtenstellung ab, ohne aber auf die von Grunsky³ vorgenommene Differenzierung von unmittelbar Beteiligten und Beteiligten im weiteren Sinne einzugehen.

1 Löwisch in Galperin/Löwisch Band II, Rdnr 114 zu § 99 BetrVG ohne Begründung; Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 43 zu § 99 BetrVG

2 BAG in BB 1971, S. 1153 Leitsatz 9; BAG AP Nr. 1 zu § 83 ArbGG; BAGE 2, S. 97

3 Grunsky Rdnr 10 zu § 83 ArbGG

Art. 103 Abs. 1 GG ist eine Ausprägung der in Art. 1 Abs. 1 GG statuierten Menschenwürde. Dieses sogenannte Prozeßgrundrecht wird auch als Hilfsgrundrecht bezeichnet¹. Eine gerichtliche Entscheidung, die unter Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ergangen ist, ist fehlerhaft und auf ordnungsgemäße Rüge aufzuheben². Die sich aus Art 103 Abs. 1 GG ergebenden Folgerungen gelten auch für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren. Ob ein Verstoß gegen Art 103 Abs. 1 GG vorliegt, wird erst dann relevant, wenn man die Beteiligungstellung des Arbeitnehmers verneint.

Der Zweck des in § 83 Abs. 3 ArbGG normierten Anhörungsrecht muß sich aus dem Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ergeben. Die Zweckbestimmung kann aber erst nach der Feststellung seiner Charakteristik erfolgen.

a) Charakteristik des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens

Die Charakterisierung und die anschließend vorzunehmende Zweckbestimmung des Beschlußverfahrens kann dazu führen, daß unter Umständen parallele Vorschriften aus anderen Verfahrensordnungen angewendet werden können bzw. zu einer Lösung beizutragen geeignet sind. Denn die Regelungen des Arbeitsgerichtsgesetzes bezüglich des Beschlußverfahrens sind anerkannt lückenhaft³.

Die Einordnung des Beschlußverfahrens ist umstritten. Es werden heute im wesentlichen zwei grundsätzliche Ansichten vertreten. Zum einen soll das Beschlußverfahren eine Form der den Arbeitsgerichten zugewiesenen Verwaltungsgerichts-

1 Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr 3 zu Art. 103 GG

2 Dürig aaO, Rdnr 82 zu Art. 103 GG

3 Müller in ArbR d. Ggnw. Band 9, 1972, S. 23

barkeit sein ¹. Zum anderen wird das Beschlußverfahren der Zivilgerichtsbarkeit zugeordnet, wobei verschiedene Auffassungen darüber bestehen, ob es eine besondere Form der streitigen ² oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit ³ darstellt.

aa) Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren als ein Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Argumentativer Ansatzpunkt für die These, daß das Beschlußverfahren ein Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei, ist Art. 165 WRV ⁴. Danach soll der die Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung regelnde Art. 165 WRV nicht außerhalb der Staatsverfassung stehen, sondern ein Teilstück aus ihr sein ⁵. Auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde weiterhin diese Auffassung vertreten; dies wurde damit begründet, daß das im arbeitsgerichtlichen Be-

1 so zum Beispiel Dietz in Dietz-Nikisch, Vorbemerkung 5 zu § 80 ArbGG; weitere Nachweise bei Körnich, Diss., S. 26 ff und Götz Hueck in A. Hueck/Nipperdey § 91 II 2a, Fußnote 9 und 10. Für diese ältere Theorie sind neuere Nachweise, soweit ersichtlich, nicht zu finden. Da sich aber das Beschlußverfahren im ArbGG im wesentlichen nicht geändert hat, ist eine Auseinandersetzung mit den Argumenten geboten. Siehe auch Reuscher in BB 1949, S. 421 (422), der einen Vergleich zu dem Verwaltungsbeschlußverfahren des preußischen Landesverwaltungsgesetzes von 1883 zieht.

2 G. Hueck in A. Hueck/Nipperdey § 91 II 2a, zustimmend Siebert in RdA 1959, S. 167 (169); Wiese S. 101; Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 48 zu § 1 BetrVG für eine Zuordnung zum Privatrecht.

3 Schnorr von Carolsfeld XVII C I 1 a, b (S. 495 f); Müller in Dersch-Volkmar Rdnr 1 zu § 80 ArbGG; Rewolle in ArbuR 1959, S. 174 (175)

4 RGBI 1919 II, S. 1383 ff

5 Anschütz Rdnr 2 zu Art. 165 (S. 745)

schlußverfahren anzuwendende Recht Sozialverfassungsrecht sei und damit eine Materie der Staatsverfassung vorliege¹. Deswegen seien Betriebsratsbeschlüsse mit einem Verwaltungsakt vergleichbar; damit entspreche auch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren dem Verwaltungsgerichtsverfahren².

bb) Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren als ein Verfahren der Zivilgerichtsbarkeit

Die Auffassung, das Beschlußverfahren gehöre zu der Zivilgerichtsbarkeit, wird damit begründet, daß das Betriebsverfassungsrecht Teil des Arbeitsrechts, und damit des Privatrechts sei; deshalb seien aber auch die sich aus dem BetrVG ergebenden Streitigkeiten den Privatrechtsstreitigkeiten zuzuordnen. Diese Ansicht läßt sich damit begründen, daß die VwGO grundsätzlich von einer Streitigkeit zwischen dem Staat, bzw. seiner Verwaltung auf der einen Seite und einem Bürger auf der anderen Seite ausgeht. Die VwGO geht dabei von einem Über-/Unterordnungsverhältnis aus³. Gerade dieser Fall liegt hier aber nicht vor. Die denkbaren Beteiligten im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren sind in erster Linie Arbeitgeber, Betriebsrat, Gewerkschaften und Arbeitnehmer. Diese sind alle, wenn auch teilweise nicht rechtsfähige (Gewerkschaft, Betriebsrat) Personen des Privatrechts⁴.

1 Dietz, (4. Auflage) Rdnr 14 zu § 32 BetrVG 1952, während sich Richardi in Dietz-Richardi (6. Auflage) in der Kommentierung zu dem fast gleichlautenden § 33 BetrVG 1972 dazu nicht mehr äußert.

2 Dietz, aaO., der allerdings einräumt, daß die Formen dieser öffentlich-rechtlichen Streitigkeit dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nachgebildet sind

3 vgl. umfassend RGZ 166, S. 218 (226 ff); BGHZ 41, S. 264 (265 ff)

4 vgl. auch Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 48 f zu § 1 BetrVG

Dem öffentlichen Recht ist allerdings auch eine Gleichordnung verschiedener Rechtsträger in ihren gegenseitigen Beziehungen nicht fremd ¹. Dabei handelt es sich aber um Streitigkeiten, die staatliche Untergliederungen, wie etwa Gemeinden, gegeneinander führen. Bei der Lösung der Frage des Rechtsweges ist dann maßgeblich, welchem Zweck die das Rechtsverhältnis beherrschende Rechtsnorm (en) dient (sog. Interessentheorie).

Zum einen sind die Beteiligten des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens keine Untergliederungen des Staates, zum anderen vertritt der Betriebsrat bei seinen Entscheidungen die Interessen der von ihm repräsentierten Arbeitnehmerschaft und nicht, wie ein Verwaltungsträger, öffentliche Interessen ². Damit sind nach der Interessentheorie trotz der Gleichstellung der Beteiligten diese Rechtsstreitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit zuzuordnen.

cc) Lösung bezüglich der Zuordnung zu einer Gerichtsbarkeit

Es läßt sich heute nicht mehr eine Zuordnung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit bzw. allgemein zum öffentlichen Recht auf Art. 165 WRV stützen ³. Aufgrund des Art. 165 WRV erging das Betriebsrätegesetz von 1920. Dazu korrespondierend wurde am 13. Dezember 1926 das Arbeitsgerichtsgesetz ⁴ verabschiedet. Dagegen brachte das BetrVG von 1952 deutliche Veränderungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrates, die den Schwerpunkt der Auseinandersetzungen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren bilden.

1 Eyermann/Fröhler Rdnr 5 zu § 40 VwGO

2 vgl. Brändel, S. 146

3 vgl. Müller in Dersch-Volkmar Rdnr 1 zu § 80 ArbGG, ohne Begründung

4 RGBI I, S. 507 ff

Entsprechend erging dazu das Bundesarbeitsgerichtsgesetz vom 03. September 1953 ¹. Es kann also festgestellt werden, daß das heutige BetrVG 1972, aber auch das BetrVG von 1952, sowie das ArbGG 1953 und dessen Novellierung vom 02. Juli 1979 ² zwar seinen historischen Ursprung in Art. 165 WRV hat, daß sich aber Rückschlüsse auf die Rechtsnatur bzw. eine rechtliche Einordnung wegen der umfassenden Veränderungen der Gesetze heute verbieten.

Selbst wenn man aber das Beschlußverfahren als eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit versteht, so muß es sich nicht zwingend um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handeln. Denn auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten können an die Zivilgerichte und nicht an die Verwaltungsgerichte verwiesen sein, selbst wenn materiell öffentliches Recht angewendet wird ³. Es handelt sich dabei um die sogenannten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung, von denen hier die Zuständigkeit des ordentlichen Rechtsweges nach Art 19 Abs. 4 GG für den Fall der Rechtsverletzung durch öffentliche Gewalt und nach § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung, sowie wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten erwähnt werden sollen. Des weiteren spricht gegen die Auffassung, Arbeitsgerichte werden im Beschlußverfahren als Verwaltungsgerichte tätig, die Überlegung, daß im arbeitsrechtlichen Bereich durchaus Verwaltungsakte von Behörden ergehen, die dann vor den Verwaltungsgerichten oder Sozialgerichten angegriffen werden müssen ⁴. Als Beispiel sei das Zustimmungserfordernis der

1 BGBl I 2, S. 1267 f

2 BGBl I, S. 853 ff

3 vgl. dazu G. Hueck in A. Hueck/Nipperdey § 91 II 2a

4 G. Hueck aaO

Hauptfürsorgestelle, in der Regel das Landesamt für Jugend und Soziales, nach § 12 SchwbG genannt. Gegen die Zustimmungsverweigerung kann der Arbeitgeber, gegen die erteilte Zustimmung der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach § 37 SchwbG Widerspruch einlegen. Gegen den Widerspruchsbescheid kann dann der Betroffene den Klageweg vor dem Verwaltungsgericht beschreiten¹. Wären die Arbeitsgerichte bereits für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren eine besondere Form der Verwaltungsgerichte, so hätte der Gesetzgeber zumindest diese Verwaltungsverfahren den Arbeitsgerichten zugeteilt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren der Zivilgerichtsbarkeit zuzuordnen ist, weil die Betriebsverfassung dem Privatrecht zugerechnet wird². Der Streit bezüglich der Einordnung ist zugunsten des hier vertretenen Ergebnisses entschieden. Das ergibt sich auch daraus, daß die Auseinandersetzungen hauptsächlich in den fünfziger Jahren stattgefunden haben, während heute fast überwiegend von dem Ergebnis ausgegangen wird³.

Einer Klärung bedarf jetzt die Frage, ob dieses Zivilverfahren der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist. Die Abgrenzung ist nur schwer zu treffen, weil auch echte Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind⁴. Jedoch soll diese Untersuchung erst nach

1 Neumann in Wilrodt/Neumann Rdnr 46 zu § 37 SchwbG

2 G. Hueck aaO mit Verweisen in Fußnote 12; Söllner § 19 III

3 vgl. z.B. Bitzer, S. 189, der bereits 1956 davon ausging, daß die Vorschriften des GVG und der ZPO Anwendung finden. Die, soweit ersichtlich, aktuellste Gegenmeinung vertritt Hess in Kammann/Hess/Schlochauer Rdnr 10-21 zu vor § 1 BetrVG, der unter anderem auf die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 119 bis 121 BetrVG verweist (Rdnr 16).

4 Beispiele dazu bei Bumiller in Bumiller/Winkler Rdnr 3a zu § 1 FGG

der Zweckbestimmung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens vorgenommen werden, da dann die Zuordnung leichter fällt.

b) Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens

Die Zweckbestimmung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ist ebenso umstritten wie dessen rechtliche Qualifikation. Es werden auch hier zwei gegensätzliche Ansichten vertreten.

Zum einen diene das Beschlußverfahren nur der Sicherstellung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung ¹. Bei der Begründung dieser Ansicht wird auf die Verschiedenheit der Angelegenheiten verwiesen, die den Gegenstand des Urteils- bzw. Beschlußverfahrens bilden ². Im Urteilsverfahren werde über Ansprüche entschieden, die die Parteien, Kläger und Beklagter, gegeneinander geltend machen, wohingehend im Beschlußverfahren über die Verfassung des Betriebes und über die Tätigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe entschieden werde. Die Gegenansicht ist der Auffassung, daß das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren ebenso wie das Urteilsverfahren nur der Durchsetzung subjektiver Rechte diene ³. Begründet wird diese Ansicht damit, daß zur Einleitung des Beschlußverfahrens nach § 81 ArbGG ein Antrag erforderlich sei. Damit bleibt es der Initiative des einzelnen Antragsberechtigten überlassen, ob es zu einem Verfahren kommt oder nicht. Diese Regelung sei aber nur dann vertretbar, wenn es um die Durchsetzung subjektiver Rechte gehe.

1 Dunkl, S. 24

2 Müller in Dersch/Volkmar Rdnr 1 zu § 80 ArbGG

3 Grunsky Rdnr 3, 26 zu § 80 ArbGG; zustimmend, aber mit Einschränkung, Blomeyer in JZ 1976, S. 733 (734)

Nach der Rechtsprechung¹ schließen sich die beiden Zwecke nicht gegenseitig aus, sondern können nebeneinander bestehen. Diese Ansicht wird damit begründet, daß zum einen eine klare Trennung nicht möglich sei, zum anderen aber insbesondere erst eine solche Zwecksetzung den Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens gerecht werde. Dieses baue auf dem Urteilsverfahren auf; jenes aber diene der Durchsetzung subjektiver Rechte. Eine Entscheidung im Beschlußverfahren habe sowohl Auswirkungen auf die Beteiligten des Verfahrens, als auch darüber hinaus auf andere Stellen und Personen, wie sich aus § 83 Abs. 3 ArbGG ergebe. Das folge auch daraus, daß der Beschluß nicht nur, wie das Urteil, inter partes Wirkung habe, sondern rechtliche Wirkung über den Kreis der Beteiligten hinaus entfalte².

Dieser Ansicht soll hier gefolgt werden. Zu ihrer Unterstützung sei auf eines der Ausgangsbeispiele dieser Arbeit, die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates zu einer personellen Einzelmaßnahme nach § 99 BetrVG und das sich daran anschließende Zustimmungsersetzungsverfahren, hingewiesen. Die Entscheidung des Arbeitsgerichtes, also die Zustimmungsersetzung oder deren Verweigerung hat unmittelbare Auswirkungen sowohl auf die Beteiligten, Arbeitgeber und Betriebsrat,

1 zentrale Entscheidung AP Nr. 15 zu § 37 BetrVG 72 Leitsatz 2: Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ist nicht nur allein, die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über betriebsverfassungsrechtliche Fragen bestehenden Meinungsverschiedenheiten beizulegen, es dient insbesondere auch dazu, zur Befriedigung im Betrieb überhaupt beizutragen. Folgend AP Nr. 22 zu § 37 BetrVG 72, ebenso BAGE 3, S. 288 (294)

2 vgl. dazu Wichmann in ArbuR 1974, S. 10 (12), der sowohl von Grunsky RdNr 3 zu § 80 ArbGG, als auch von Dunkl S. 24 zur Unterstützung ihrer jeweiligen Ansichten herangezogen wird.

als auch auf den betroffenen einzelnen Arbeitnehmer, dessen Interessen das Arbeitsgericht wegen des in § 83 Abs. 1 ArbGG statuierten Untersuchungsgrundsatzes auch berücksichtigen muß ¹.

Der Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ist also neben der Realisierung subjektiver Rechte auch die Sicherung bzw. Wiederherstellung des Betriebsfriedens und der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung.

c) Vergleich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens mit den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die folgende Untersuchung soll die bereits oben aufgestellte Frage klären, ob das Beschlußverfahren als ein Verfahren der Zivilgerichtsbarkeit mit der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbar ist oder ob es ein Verfahren eigener Art darstellt.

Eine Begriffsbestimmung erfolgt durch das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht. Eine Abgrenzung wird in der Regel auch nicht für notwendig erachtet, da der Gesetzgeber durch Zuweisungen an die streitige oder freiwillige Gerichtsbarkeit eine eindeutige Regelung getroffen hat ².

Da Ziel und Zweck der Untersuchung eine entsprechende Heranziehung einzelner Verfahrensvorschriften aus der jeweiligen Prozeßordnung ist, soll eine Auslegung der Vorschriften über das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren sowie eine vergleichende Betrachtung zur FGG ³ und ZPO zu der Lösung

¹ vgl. Grunsky RdNr 2 zu § 83 ArbGG

² so Schwab in Rosenberg/Schwab § 57 I 3 b

³ vgl. zu Wesen und Begriff der Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bärmann § 5

führen, welche Stellung der betroffene Arbeitnehmer in dem Beschlußverfahren vor dem Arbeitsgericht einnimmt.

aa) Vergleich der terminologischen Bezeichnungen

Einerseits unterscheidet das Arbeitsgerichtsgesetz das Beschlußverfahren vom Urteilsverfahren, so daß zunächst der Schluß nahe liegt, dieses Verfahren dem FGG-Verfahren gleichzustellen. Deutlich wird dies zunächst in der Terminologie. In § 2 Abs. 1 und 2 ArbGG werden in allen Nummern die im Urteilsverfahren zu entscheidenden Sachen als Rechtsstreitigkeiten bezeichnet, während das Gesetz in § 2 a Abs. 1 ArbGG, bei denen im Beschlußverfahren zu entscheidenden Sachen, von Angelegenheiten spricht. Allerdings wird im § 2 a Abs. 2 ArbGG auch der Begriff Streitigkeit für das Beschlußverfahren verwendet.

In den Rechtsstreitigkeiten nach § 2 ArbGG findet gemäß § 2 Abs. 5 ArbGG das Urteilsverfahren statt; die Entscheidung des Gerichts ist also ein Urteil. Dagegen entscheidet das Gericht in den Angelegenheiten nach § 2 a ArbGG gemäß § 84 ArbGG durch Beschluß, also in gleicher Weise, wie in den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (z.B.: § 56 e FGG, im Erbscheins- oder Grundbuchverfahren).

Die Verfahrensteilnehmer sind im streitigen Verfahren die Parteien, also Kläger und Beklagter, das Beschlußverfahren spricht aber in §§ 10 zweiter Halbsatz, 83 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3, 4 ArbGG, ebenso wie in § 13 FGG, von Beteiligten, nämlich dem Antragsteller und dem Antragsgegner.

Auch die Bezeichnung der Rechtsmittel wird in gleicher Terminologie verwendet. Während die Parteien des Urteilsver-

fahrens gegen die Entscheidung des Gerichts Berufung oder Revision einlegen können, lautet das Rechtsmittel im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach § 87 Abs. 1 ArbGG, ebenso wie in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Beschwerde (vgl. z.B.: §§ 19 ff, 57 ff, 80 ff FGG).

Zwar kennt auch die ZPO den Beschluß (z.B.: § 519 b Abs. 2 ZPO); unter Beschlüssen (und auch Verfügungen) sind aber alle Entscheidungen zu verstehen, die nicht in der Form des Urteils ergehen¹; ebenso nennt die ZPO das selbständige Rechtsmittel der Beschwerde (§§ 567 ff ZPO). Sie dient jedoch hier zur Anfechtung minderwichtiger Entscheidungen, also hauptsächlich von Beschlüssen und Verfügungen². Ihr kommt deswegen nur ein beschränkter Devolutiv- und Suspensiveffekt zu (vgl. §§ 571, 572 ZPO). Hingegen hat die Beschwerde gegen die das Verfahren beendenden Beschlüsse nach § 87 Abs. 1 ArbGG uneingeschränkten Suspensiveffekt. Der der ZPO vergleichbare Beschluß nach §§ 83 Abs. 5, 78 ArbGG, auf den auch §§ 571 f ZPO zutreffen, ist nicht als Instanz beendender Beschluß zu verstehen. Es muß sich vielmehr um einen Beschluß handeln, der auch in Urteilsverfahren als solcher zu ergehen hätte³. Insoweit ist die Terminologie des Gesetzgebers unpräzise.

Insgesamt läßt sich daraus schließen, daß Beschluß und Beschwerde der ZPO nicht mit denen des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens vergleichbar sind.

1 Schwab in Rosenberg/Schwab § 57 I 3 b

2 Schwab aaO § 148 I 1

3 Grunsky RdNr 29 zu § 83 ArbGG

bb) Die Verweisungen im Bereich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens auf das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren

Gegen eine Gleichstellung der Beschlußverfahren des Arbeitsrechts und der FGG spricht die häufige Verweisung des Gesetzgebers in den §§ 80 ff ArbGG auf das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren und das der ZPO (vgl. §§ 80 Abs. 2, 85, 87 Abs. 2, 89 Abs. 1, 91 Abs. 2 Satz 2, 92, 96 Abs. 1 Satz 2, 96 a Abs. 2, 97 ArbGG).

Auch der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zu dem Arbeitsgerichtsgesetz vom 13. Dezember 1926 ¹, das bereits seinerzeit in seinen Regelungen bezüglich des Beschlußverfahrens in den §§ 80 bis 89 ² im wesentlichen dem Arbeitsgerichtsgesetz vom 03. September 1953 ³ entsprach, ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber das Beschlußverfahren auf dem arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren, dessen Bestimmungen oft auf die Zivilprozeßordnung verweisen, aufbauen wollte. Das Motiv war allerdings, eine unnötige Belastung der Gerichte mit neuen Verfahrensvorschriften bezüglich des Beschlußverfahrens zu vermeiden ⁴. Deshalb können nur sehr beschränkt aus der Verweisung auf das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren Rückschlüsse auf die Rechtsnatur gezogen, bzw. ein Vergleich mit einem streitigen Verfahren vorgenommen werden.

1 RGB I, S. 507 ff

2 RGBI I, S. 518 f

3 BGBl I, S. 1267 ff

4 vgl Drucksache Reichstag, 3. Wahlperiode, Nr. 2065, S. 22 (34): " Soweit es sich um allgemeine Verfahrensvorschriften handelt, sollen die für das Urteilsverfahren geltenden Vorschriften soweit wie möglich entsprechend angewendet werden, um die Mitglieder der Arbeitsgerichtsbehörden und die Prozeßbeteiligten nicht mit einer zu großen Zahl besonderer Vorschriften zu belasten. "

cc) Vergleich des Verfahrensablaufs und -inhalts des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens mit den Vorschriften und Maximen der FGG

Eine endgültige Klarheit über Zuordnung des Beschlußverfahrens soll ein Vergleich des Verfahrensablaufs und Inhalts mit den Vorschriften und Maximen der FGG bringen.

Die streitigen Verfahren werden durch den Grundsatz der Verhandlungsmaxime geprägt, d.h. die Parteien entscheiden darüber, welchen Tatsachenstoff sie dem Gericht unterbreiten wollen. Grundsätzlich darf das Gericht bei seiner Entscheidung nur von diesen vorgebrachten Tatsachen ausgehen¹; ebenso steht die Anrufung des Gerichts im Belieben der Parteien. Dagegen wird das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Officialmaxime, das Gericht muß von Amts wegen tätig werden, und von der Inquisitionsmaxime gemäß § 12 FGG beherrscht². Im zivilprozessualen Streitverfahren gilt, im Gegensatz zu den meisten Verfahren der FGG³, der Grundsatz der Mündlichkeit (§ 128 Abs. 1 ZPO) und der Öffentlichkeit (§§ 169 - 175 GVG).

1 zum Verhandlungsgrundsatz vgl Hartmann in Baumbach/Lauterbach Rdnr 3 zu Grundzüge § 128 ZPO

2 vgl. Bumiller in Bumiller/Winkler Rdnr 1 f zu § 12 FGG

3 Bumiller aaO Rdnr 4 zu § 1 FGG

Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren kennt Maxime aus beiden Verfahren: es wird gemäß § 81 Abs. 1 ArbGG nur auf Antrag eingeleitet. Aus § 80 Abs. 2, § 51 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, wonach der Vorsitzende das persönliche Erscheinen der Parteien/Beteiligten in jeder Lage des Rechtsstreites/Verfahrens anordnen kann, folgt, daß auch im Beschlußverfahren der Grundsatz der Mündlichkeit gilt ¹. Ebenso ergibt sich aus dem Verweis des § 80 Abs. 2 ArbGG auf § 52 ArbGG der Grundsatz der Öffentlichkeit. Insoweit existieren also Parallelen zwischen der streitigen Gerichtsbarkeit und dem Beschlußverfahren.

Dagegen ist in dem durch die sogenannte Beschleunigungsnovelle zum Arbeitsgerichtsgesetz vom 05. Juli 1979 ² neu gefaßten § 83 ArbGG der Untersuchungsgrundsatz positiv statuiert, was auch bis dahin der Auffassung in Rechtsprechung ³ und Literatur ⁴ entsprach. Dies ist eine Parallele zu § 12 FGG.

Damit ergibt sich für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren die Besonderheit, daß es zwar nur durch Antrag eingeleitet, dann aber vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird.

1 BAGE 1, S. 341 (342 ff)

2 BGBI I, S. 853 (870)

3 BAGE 12, S. 244 (250 f); BAGE 25, S. 87 Leitsatz 1

4 Wichmann in ArbuR 1973, S. 202 m.w.N.

Aus § 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ergibt sich aber auch, daß der Untersuchungsgrundsatz nur eingeschränkt gilt. Dort ist eine Mitverantwortung der Beteiligten bezüglich des Vortrages von Tatsachen statuiert ¹. Allerdings gibt es auch in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Verfahren, bei denen der Untersuchungsgrundsatz des § 12 FGG nicht uneingeschränkt gilt. Es sind dies die Angelegenheiten, um die von den Beteiligten gestritten wird, es sich also nicht um ein unstreitiges Verfahren ² handelt und solche, die erst durch einen Antrag eingeleitet werden ³. In diesem Verfahren sind die Beteiligten verpflichtet, die Tatsachen vorzutragen, aus denen sie ihr mit dem Antrag verfolgtes Begehren herleiten, um so an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, auch wenn eine Einschränkung des § 12 FGG im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Praktisch hat dies die Konsequenz, daß die Beteiligten dem Gericht Anhaltspunkte dafür liefern müssen, in welche Richtung es seine Ermittlungen anstellen kann.

Begründet wird dies mit dem Antragserfordernis. Damit hat der Gesetzgeber eine Teilung der Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Gruppe der Rechtsfürsorgeangelegenheiten und in die Gruppe der echten Streitsachen vorgenommen. Bei dem Streitverfahren, das Antragsverfahren ist, steht der Rechtsfürsorgecharakter nicht mehr im Vordergrund, es handelt sich vielmehr um eine Versubjektivierung

1 vgl. dazu die Rechtsprechung des BAG bzgl. der Auswirkungen auf den Untersuchungsgrundsatz; Nachweise bei Grunsky Rdnr 4 zu § 83 ArbGG

2 Beispiele für Streitverfahren bei Keidel-Winkler Rdnr 109 ff zu § 12 FGG

3 Beispiele für Antragsverfahren aaO Rdnr 3 zu § 12 FGG

des Rechtsschutzes im Rahmen des FGG-Verfahrens. Die Offizialmaxime wird demnach durchbrochen.

Hier werden deutliche Parallelen in der Verfahrensausgestaltung zwischen arbeitsgerichtlichem Beschlußverfahren und den sogenannten echten Streitsachen in der FGG sichtbar. Beiden ist das Antragserfordernis und der nicht nur dadurch eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gemein. Deutlich wird dies auch bei einem Vergleich der Ausführungen von Rechtsprechung und Literatur zu dem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz der beiden Verfahren ¹. Sie entsprechen sich im wesentlichen in der Formulierung.

dd) Historische Betrachtung

Letzten Aufschluß über die Einordnung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens soll eine historische Betrachtung geben. Bei der Schaffung dieses Verfahrens im Arbeitsgerichtsgesetz vom 13. Dezember 1926 ², das im Hinblick auf das Beschlußverfahren dem heutigen ArbGG im wesentlichen noch entspricht, wollte der Gesetzgeber eine " Art freiwillige Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen " neben dem arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren schaffen ³. Auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu einem Arbeitsgesetz aus dem Jahre 1951, der allerdings ausdrücklich das Beschlußverfahren noch nicht berücksichtigt, ergibt sich, daß für später beabsichtigt war, " dieses Verfahren stärker als bisher dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit an-

1 etwa OLGZ 71, S. 260 (265) und BAG AP Nr. 1 zu § 20 BetrVG 1972; Keidel/Kuntze/Winkler Rdnr 54 zu § 12 FGG und Grunsky Rdnr 3 f zu § 83 ArbGG

2 RGB1 I, S. 507 (518 f)

3 Drucksache Reichstag, 3. Wahlperiode, Nr. 2065, S. 25 (34)

zunähern " ¹. Der Gesetzgeber ging also bereits bei dem Regierungsentwurf von 1951 von einer bestehenden Verbindung aus.

Damit ergibt auch die historische Betrachtung eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Parallelität zwischen dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren und den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

ee) Zusammenfassendes Ergebnis

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden:

Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nach §§ 80 ff BetrVG ist der Zivilgerichtsbarkeit zuzuordnen und mit den streitigen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbar. Definitionen und Regelungen der FGG für den Bereich, in dem die Verfahrensausgestaltung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens Lücken hat - wie dies bei der Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers der Fall ist -, kommen als Interpretationshilfen damit in Betracht. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit Teilen der Literatur und der Rechtsprechung, obwohl die Feststellung über Zulässigkeit eines Vergleiches oft nur negativ dahingehend formuliert wird, daß ein solcher nicht auszuschließen ist ².

3. Konsequenzen des an Hand der Auslegung und Feststellung des Hintergrundes gefundenen Ergebnisses für die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers

Da das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren mit dem strei-

1 RdA 1951, S. 463 Allgemeines

2 vgl. Körnich, Diss., S. 45 und BAG in AP Nr. 1 zu § 20 BetrVG 1972 Blatt 3 jeweils m.w.N.; dagegen Wichmann in ArbuR 1975, S. 294 (299), der die Eigenständigkeit gegenüber allen anderen Verfahrensarten betont. Vgl. auch Fenn in Festschrift für Schiedermaier, S. 117 (139) zu der Frage, welche Maxime im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren vorherrschen.

tigen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbar ist, soll an Hand der Definition und der Regeln über die Beteiligten in den Verfahren der FGG die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers im eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren geklärt werden.

Das FGG gebraucht den Begriff des Beteiligten mehrfach (z. B.: §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 13 FGG), ohne ihn allerdings zu definieren. Es wird zwischen den Beteiligten im materiellen und denen im formellen, d.h. prozessualen Sinne differenziert. Beteiligte im materiellen Sinne sind alle Personen, deren Rechte oder Pflichten durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden oder betroffen werden können ¹. Dagegen versteht man unter einem Beteiligten im formellen Sinne die Personen, die zur Wahrnehmung sachlicher Interessen an dem Verfahren teilnehmen, zugezogen werden oder einen Antrag stellen ². Dabei schließt die formelle Beteiligung die materielle Beteiligung nicht aus.

Für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren lassen sich aus diesen Feststellungen folgende Konsequenzen ziehen, wobei auf eine eventuelle Antragsberechtigung des betroffenen Arbeitnehmers hier nicht eingegangen werden soll, da von einem eingeleiteten Beschlußverfahren ausgegangen wird:

Die Stellung des betroffenen Arbeitnehmers läßt sich mit der des materiell Beteiligten in den Verfahren der FGG vergleichen. Durch die Entscheidung des Arbeitsgerichts, etwa Zustimmungsersetzung oder deren Verweigerung nach § 99 Abs. 4 BetrVG, wird als Folge die Rechtsstellung des Arbeit-

1 BGHZ 35, S. 296 (300)

2 Keidel/Kuntze/Winkler Rdnr 14 zu § 6 FGG; vgl. auch Habscheid § 14 II

nehmers beeinflusst, weil, beim Beispiel der Einstellung, davon das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses abhängt oder beim Beispiel der Versetzung, die mit dem neuen Arbeitsplatz verbundenen Rechte und Pflichten tangiert werden. Außerdem zeigt § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, daß auch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren den Begriff des materiell Beteiligten kennt. Es ist allerdings zu beachten, daß es allein vom Arbeitgeber abhängt, ob die personelle Einzelmaßnahme tatsächlich vollzogen wird, wenn das Arbeitsgericht eine zunächst verweigerte Zustimmung ersetzt. Deshalb ist es fraglich, ob man dann von einer unmittelbaren Betroffenheit sprechen kann. Es wurde aber bereits oben hergeleitet ¹, daß die fehlerhafte Ausübung der Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat ein Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz darstellt. Als Folge davon ergibt sich auch hier eine unmittelbare Betroffenheit.

Allerdings sind auch die materiell Beteiligten des FGG-Verfahrens nicht in der Lage, an dem Verfahren teilzunehmen bzw. Anträge zu stellen. Deshalb können auch die betroffenen Arbeitnehmer nicht zu den unmittelbar Beteiligten des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens gezählt werden. Insoweit führt also auch eine entsprechende Anwendung der FGG-Normen nicht zur Annahme der Stellung eines unmittelbar Beteiligten.

Zwar ist es umstritten, ob den materiell Beteiligten des FGG-Verfahrens ein Anhörungsrecht zusteht ². Dieses Recht steht ihnen aber zumindest dann zu, wenn es gesetzlich normiert ist (vgl. etwa §§ 165 Abs. 3, 166 Abs. 2 FGG), womit diese Regelung mit dem Anhörungsrecht des Arbeit-

1 vgl. oben S.26 ff

2 zum Streitstand vgl. Habscheid § 20 II; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, RdNr 85 zu Art. 103 m. w. N.

nehmers nach § 83 Abs. 3 ArbGG vergleichbar ist. Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß der betroffene Arbeitnehmer Beteiligter im weiteren Sinne ist, ihm also ein Anhörungsrecht nach § 83 Abs. 3 ArbGG zusteht. Dieses Ergebnis bestätigt auch den durch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren verfolgten Zweck, der nach dem oben Ausgeführten nicht nur der schnellen Wiederherstellung des Betriebsfriedens, sondern auch der Realisierung subjektiver Rechte dient. Damit stellt sich die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht.

4. Grenzen des Kreises der betroffenen Arbeitnehmer

Die Mitbestimmung des Betriebsrates zeigt, besonders im Bereich der personellen Einzelmaßnahmen, daß es meistens nicht nur einen, sondern mehrere von der Ausübung der Mitbestimmung des Betriebsrates betroffene Arbeitnehmer gibt; unter Umständen kann die Verweigerung der Zustimmung zu Lasten des einen, ein Vorteil für einen anderen Arbeitnehmer sein. Dieser Vorteil kann sich zu einer Anwartschaft verfestigen, etwa wenn für eine Einstellung nur zwei Bewerbungen vorliegen, oder sich nur als bloße Hoffnung darstellen.

Das ist zum Beispiel dann denkbar, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat nicht die Unterlagen aller Bewerber vorlegt und der Betriebsrat deswegen der personellen Einzelmaßnahme nicht zugestimmt hat. Hier könnten alle betroffenen Bewerber Beteiligte sein. Bei der heutigen Arbeitsmarktlage kann dies aber, da die Anzahl der Bewerbungen für einen Arbeitsplatz oder eine mit einer besseren Bezahlung verbundene Versetzung/Umgruppierung oft in die hunderte geht, zu unüberwindlichen tatsächlichen Schwierigkeiten führen ¹.

¹ vgl. dazu Schlosser in JZ 1967, S. 431 (432 f)

Im Folgenden soll daher festgestellt werden, ob der Kreis der Beteiligten eingeschränkt werden kann oder gar muß, bzw. wie groß er ist. Dabei soll, falls erforderlich, auf die vergleichbaren Verfahrensgrundsätze der FGG zurückgegriffen werden. Die praktische Relevanz ergibt sich daraus, daß auch dieser Kreis der Arbeitnehmer rein tatsächlich von dem Beschluß des Arbeitsgerichts "betroffen" wird.

Nach der Meinung des BAG sind Arbeitnehmer im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren anzuhören, wenn ihre Belange als Belegschaftsmitglied betroffen sind¹. In einem Beschluß vom 6. April 1973 war das Bundesarbeitsgericht der Auffassung², daß bei mehreren inner- und außerbetrieblichen Bewerbern um eine Stelle im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG alle diese Arbeitnehmer Beteiligte des dieserhalb angestregten Beschlußverfahrens seien. Begründet wurde diese Ansicht mit der Auslegung des Beteiligtenbegriffes des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Es ist bereits fraglich, ob dieser Beteiligtenbegriff mit dem des § 83 Abs. 3 ArbGG identisch ist. Denn mit den Beteiligten im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG scheinen die Bewerber gemeint zu sein. Dies wird von dem Bundesarbeitsgericht auch eingeräumt³. Die Notwendigkeit, dem Betriebsrat die Unterlagen aller Beteiligten, d. h. Bewerber, zu geben, erklärt sich daraus, daß der Betriebsrat nur so beurteilen kann, ob ein Zustimmungsverweigerungsgrund vorliegt. Die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates bezieht sich aber nur auf den einen Bewerber, den der Arbeitgeber einzustellen beabsichtigt.

1 BAG in AP Nr. 1 zu § 83 ArbGG; BAGE 2, S. 97; ebenso Auffahrt-Schönherr B § 83 - 03/3

2 BAG in EzA Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972, Leitsatz 3

3 BAG in EzA Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 (S. 12); außerdem wird der Begriff Bewerber in § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG auch verwandt.

Jedenfalls hat das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung in seinem Beschluß vom 27. Mai 1982 ¹ aufgegeben, in dem es ein generelles Anhörungsrecht ablehnt. Damit lassen sich aus dem Beteiligtenbegriff des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG keine Rückschlüsse auf den Kreis der Anhörungsberechtigten des § 83 Abs. 3 ArbGG ziehen. Deshalb ist zu untersuchen, ob sich die für die Praxis notwendige Einschränkung aus einer Subsumtion unter die Definition des Anhörungsberechtigten ergibt.

a) Eingrenzung aus dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren

Eine Eingrenzung des anhörungsberechtigten Beteiligten kann sich aus einer Subsumtion der Mitglieder des weiteren Kreises der von der Zustimmungsverweigerung betroffenen Personen unter die Definition des Anhörungsberechtigten nach § 83 Abs. 3 ArbGG ergeben. Ausgangspunkt soll dabei nicht die ältere Rechtsprechung des BAG ² sein, sondern die Definition des materiell Beteiligten. Dies ist jede Person, deren Rechte oder Pflichten in dem Verfahren durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden oder betroffen werden können ³, dem gegenüber die Entscheidung also Wirkung entfaltet.

1 BAG in BB 1983, S. 442

2 BAGE 2, S. 97

3 Keidel/Kuntze/Winkler Rdnr 14 zu § 6 FGG; BGHZ 35, S. 296 (300)

Fraglich ist bei dem Ausgangsbeispiel, der nichterfolgten Zustellung der Unterlagen aller Bewerber für eine der vier personellen Einzelmaßnahmen des § 99 BetrVG durch den Arbeitgeber an den Betriebsrat und dessen daraus resultierende Zustimmungsverweigerung, welche Rechte dieser Bewerber beeinträchtigt sein könnten und ob diese Beeinträchtigungen unmittelbarer Natur sind. Als mögliche beeinträchtigte Rechte der nicht berücksichtigten Personen kann ein " Recht am Arbeitsplatz ", ein " Recht auf Betätigung der Arbeitskraft " oder ein Recht auf rechtmäßige Auswahl der Bewerber durch den Arbeitgeber in Betracht kommen. Unabhängig davon, ob man solche Rechte dem Grunde nach anerkennt, (vgl. dazu Teil I der Arbeit (Schadenersatzansprüche)) liegt keine unmittelbare Beeinträchtigung dieser Rechte vor und zwar weder rechtlicher noch tatsächlicher Art, obwohl auch die Beschlüsse des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens der formellen und materiellen Rechtskraft fähig sind ¹, was sich aus der Anwendbarkeit der Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 80 Abs. 2 ArbGG ergibt.

Diese fehlende unmittelbare Beeinträchtigung beruht auf folgender Überlegung: Es sind nur zwei mögliche Beschlüsse des Arbeitsgerichtes denkbar; zum einen kann es dem Antrag des Arbeitgebers entsprechen und die Zustimmung zu der personellen Einzelmaßnahme ersetzen. Das bedeutet, daß das Verhalten des Arbeitgebers korrekt war und die Zustimmung durch den Betriebsrat zu Unrecht nicht erfolgte. Zum anderen kann das Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung verweigern und damit die Auffassung des Betriebsrates bzgl. des Vorliegens eines Zustimmungsverweigerungsgrundes bestätigen. Dann beginnt das Verfahren nach § 99

1 BAGE 21, S. 139

Abs. 1 BetrVG unter - zumindest theoretischer - Berücksichtigung der Unterlagen aller Bewerber für die personelle Einzelmaßnahme von vorne.

Tatsächlich wird der Arbeitgeber bei dem erneuten Verfahren nach § 99 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat die Unterlagen aller Bewerber zur Verfügung stellen, gleichzeitig aber die Zustimmung zu dem gleichen Arbeitnehmer wie zuvor verlangen. Daraus ergibt sich, daß auch rein tatsächlich eine Beeinträchtigung, falls deren Berücksichtigung überhaupt zulässig ist, nicht gegeben ist. Werden durch die personelle Einzelmaßnahme zugunsten eines von vielen Bewerbern die Voraussetzungen zu einem Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG erfüllt, so bedeutet dies für die anderen Bewerber für eine der personellen Einzelmaßnahmen nur, daß sie bei dem erneuten Verfahren nach § 99 Abs. 1 BetrVG eine Chance erhalten. Dagegen ergeben sich daraus keinerlei Rechte, die unmittelbar beeinträchtigt werden könnten.

Diese ist allenfalls dann denkbar, wenn nur zwei Bewerbungen für die Einzelmaßnahme vorliegen, da sich dann die Chance des zweiten zu einer Anwartschaft verdichten kann. Dann ist allerdings auch eine Einschränkung des Beteiligten nicht mehr nötig.

Das hat zur Folge, daß die Entscheidung des Arbeitsgerichtes im Beschlußverfahren die übrigen Bewerber für eine personelle Einzelmaßnahme allenfalls mittelbar beeinträchtigt. Dies aber reicht nicht aus, sie zu dem Kreis der anhörungsberechtigten Beteiligten zu zählen. Bei der Bezeichnung dieser Personen soll der Terminologie von

Dunkl ¹ gefolgt werden, der sie an der Entscheidung Interessierte nennt.

Damit kann festgehalten werden, daß bei der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates zu einer personellen Einzelmaßnahme nach § 99 BetrVG die neben dem direkt betroffenen Arbeitnehmer anderen Bewerber nicht zum Kreis der anhörungsberechtigten Beteiligten nach § 83 Abs. 3 ArbGG zählen.

b) Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör?

Die fehlende Zugehörigkeit zum Kreis der Anhörungsberechtigten könnte gegen den nunmehr relevant werdenden Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen. Die Nichtanhörung könnte eine Einschränkung dieses Anspruchs bedeuten, wobei bereits umstritten ist, ob dies überhaupt möglich ist. Bevor sich jedoch die Frage nach einer (zulässigen) Einschränkung stellt, ist zunächst zu untersuchen, ob dieser spezielle Personenkreis die Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 1 GG erfüllen, ob sie also ein Recht auf rechtliches Gehör haben.

Voraussetzung des Art. 103 Abs. 1 GG ist, daß durch den Verfahrensausgang eine unmittelbare Beeinträchtigung in eigenen Rechten der im gerichtlichen Verfahren als Partei (das bedeutet hier Beteiligte, also Antragsteller und -gegner) oder in ähnlicher Stellung Beteiligten

¹ Dunkl S. 168 f, der auch Beispiele im Bereich des Beschlußverfahrens aufzählt, auf die hier angesprochene Problematik aber nicht eingeht.

eintritt ¹. Dabei ist die unmittelbare Beeinträchtigung von den bloßen Auswirkungen abzugrenzen ². Die Parallelität dieser Voraussetzung mit der Definition des materiell Beteiligten im FGG-Verfahren, mit der bereits oben gearbeitet wurde und mit der eine Eingrenzung aus dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren selbst begründet werden konnte, liegt auf der Hand. Daß der weitere Kreis der von der personellen Einzelmaßnahme Betroffenen nicht unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigt wird, wurde bereits oben ³ begründet. Dabei werden nur Chancen, aber keine Rechte berührt.

Der weitere Kreis der Betroffenen fällt damit nicht in den Garantiebereich des Art. 103 Abs. 1 GG. Dieser ist nur auf denjenigen beschränkt, bezüglich dessen der (potentielle) Arbeitgeber eine Vorauswahl getroffen hat.

Da somit eine Einschränkung des Personenkreises nicht vorliegt, stellt sich auch nicht die Frage nach deren rechtlicher Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 1 GG ⁴.

1 BVerfGE 13, S. 132 (140 ff); 17, S. 356 (361)

2 BGH in JZ 1982, S. 566 (567)

3 siehe oben S. 62

4 ein wie auch immer gearteter Gesetzesvorbehalt ist dem Art. 103 Abs. 1 GG fremd. Trotzdem hat BVerfGE 9, S. 89 den Verzicht auf Anhörung des Beschuldigten bei Anordnung der Untersuchungshaft für zulässig erachtet. Voraussetzung ist, daß der Verzicht unabweisbar ist, um nicht den Zweck der Maßnahme zu gefährden (BVerfGE aaO, S. 98). Ferner wurde von Hamann (Anwbl 1958, S. 141 (142 f)) eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs durch die Beachtung immanenter Schranken der durch das (Verfahrens-) Grundrecht eingeräumten Rechtspositionen in Anlehnung an das "Apokathekenurteil" (BVerfGE 7, S. 377) erwogen. Erforderlich ist danach, daß es sich um den zwingenden Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter handelt.

5. Besonderheiten bei dem von der verweigerten Zustimmung
des Betriebsrates zu einer Einstellung betroffenen
Arbeitnehmer

Gedacht ist dabei an den Fall, daß sich der Arbeitgeber für einen außerbetrieblichen Bewerber entschieden, der Betriebsrat aber zu dessen Einstellung die Zustimmung verweigert hat. Es stellt sich dabei also nicht die Frage nach der Anzahl der nach § 83 Abs. 3 ArbGG Anhörungsberechtigten; problematisch ist vielmehr, ob dieser unmittelbar von der Zustimmungsverweigerung betroffene Bewerber denjenigen gleichzustellen ist, die bereits Arbeitnehmer des betroffenen Betriebs sind.

Wählt man die hier vertretene Definition des materiell Beteiligten im FGG-Verfahren (Voraussetzung ist die Möglichkeit einer unmittelbaren Betroffenheit), so ergeben sich keine Schwierigkeiten bei einem außerbetrieblichen Bewerber. Diese Definition differenziert nämlich nicht zwischen innerbetrieblichen und außerbetrieblichen Bewerbern. Danach ist auch dieser (anhörungsberechtigter) Beteiligter im weiteren Sinne.

Schwierigkeiten ergeben sich nur dann, wenn man auf die Voraussetzungen zurückgreift, die das BAG in seiner älteren Rechtsprechung aufgestellt hat ¹. Nach dieser Ansicht ist ein Arbeitnehmer nur dann Beteiligter, wenn es sich um seine Stellung als Mitglied der Belegschaft handelt. Ein von der verweigerten Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung Betroffener ist zunächst aber nicht Arbeitnehmer und Belegschaftsmitglied.

1 BAGE 2, S. 97 Leitsatz 1, (98 ff)

Die Erörterungen werden aber zeigen, daß auch dann der Bewerber Beteiligter im weiteren Sinn ist, wenn man dieser älteren Rechtsprechung folgt. Als Ausgangspunkt dafür sind zwei Lösungsansätze denkbar. Zum einen ein Vergleich mit Arbeitnehmern, die von der Zustimmungsverweigerung bei anderen personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG betroffen wurden, und damit die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung überhaupt möglich ist; zum anderen ist denkbar, dem einzustellenden Arbeitnehmer die Stellung eines Quasi-Belegschaftsmitgliedes einzuräumen.

Der Gesetzgeber zählt die vier personellen Einzelmaßnahmen - Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung -, bei denen der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hat, nebeneinander auf; im § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG werden Einstellungen und Versetzungen im Hinblick auf den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung ebenfalls gleichgestellt. Ansonsten nennt das Gesetz in den §§ 99 ff BetrVG einheitlich den Begriff personelle (Einzel -) Maßnahme. Daraus zeigt sich, daß vom Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen personellen Maßnahmen und damit auch der Betroffenen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nicht gewollt sein kann.

Die gleiche Folge ergibt sich auch aus dem Zweck des Verfahrens. Wie oben dargestellt, dient es neben der Sicherung bzw. Wiederherstellung des Betriebsfriedens auch der Realisierung subjektiver Rechte. Dieser Zweck kann aber bei der personellen Maßnahme Einstellung nicht wegfallen. Gerade hier ist der subjektive Rechtsschutz am nötigsten, weil die verweigerte Zustimmung zu einer Einstellung für den Betroffenen größere Auswirkungen als bei den anderen

personellen Maßnahmen des § 99 BetrVG hat. Eine unterschiedliche Behandlung der Betroffenen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren ist daher nicht möglich.

Weiterhin läßt sich feststellen, daß dem von der verweigerten Zustimmung zur Einstellung Betroffenen vom Gesetzgeber eine ähnliche Stellung wie sie die Belegschaftsmitglieder haben, eingeräumt werden soll, wenn der Arbeitgeber sich erst einmal für die Einstellung eines Bewerbers entschieden hat und diese zunächst am Betriebsrat scheitert. Das ergibt sich aus § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Danach hat der Arbeitgeber bei allen vorläufig durchgeführten personellen Maßnahmen, also auch bei der Einstellung, den Arbeitnehmer über die Rechts- und Sachlage aufzuklären. Die Terminologie kann aber bei der vorläufigen Maßnahme keine andere sein. Denn auch hier muß gegebenenfalls das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers in einem Beschlußverfahren die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Maßnahme feststellen. Die beiden Verfahren nach § 99 Abs. 4 und § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG sind dann auch aus praktischen Erwägungen miteinander zu verbinden ¹.

Daraus ergibt sich, daß die Beteiligtenstellung identisch sein muß.

Außerdem zeigt die Sanktion des § 101 Satz 1, 1. Alt. BetrVG (Aufheben der widerrechtlich durchgeführten (vorläufigen) personellen Maßnahme), daß die Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat zu einer Einstellung nach § 99 BetrVG diese nicht unwirksam werden läßt, wenn sie dennoch vom Arbeitgeber durchgeführt wird ². Zu dem Er-

1 BAG AP Nr. 1 zu § 100 BetrVG; Fitting-Auffahrt-Kaiser Rdnr 7 zu § 100 BetrVG; vgl. dazu auch Richardi in ZfA-Sonderheft S. 19 ff

2 vgl. dazu Kraft GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 99 Rdnr 103

gebnis, daß das Zustimmungserfordernis des Betriebsrates keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages ist, führt auch eine vergleichende Betrachtung von § 102 Abs. 1 BetrVG auf der einen Seite, wonach eine ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgte Kündigung unwirksam ist, und § 99 BetrVG auf der anderen Seite, dem eine ähnliche Regelung fehlt¹. Darüber hinaus ergibt sich aus § 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, daß die personelle Maßnahme - wenn auch nur vorläufig - durchgeführt werden kann, bevor der Betriebsrat sich geäußert hat.

Wenn sich also der Arbeitgeber zu der Einstellung eines Bewerbers entschieden hat und dies dem Betriebsrat unter Zurverfügungstellung der Unterlagen aller Bewerber mitteilt, ergibt sich daraus für diesen Bewerber eine Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern im Betrieb.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß der Bewerber auch dann als Beteiligter im weiteren Sinne anzusehen ist, wenn man von den Voraussetzungen, die das Bundesarbeitsgericht in seiner älteren Rechtsprechung aufgestellt hat², ausgeht. Denn dann ist der Bewerber als Quasi-Belegschaftsmitglied anzusehen. Wenn man ihn aber als solchen anerkennt, werden die BAG-Voraussetzungen in entsprechender Anwendung erfüllt. Damit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den bisherigen Feststellungen.

1 vgl. dazu ausführlich Matthes in DB 1974, S. 2007 (2007 f); für eine Einordnung der Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung Hanau in ArbuR 1973, S. 281 (289 ff)

2 BAGE 2, S. 97

II. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers, wenn das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren vom Arbeitgeber nicht eingeleitet wird.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit bei Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates vor dem Arbeitsgericht das Zustimmungsverfahren zu beantragen (z.B.: §§ 99 Abs. 4, 103 Abs. 2 BetrVG). Fraglich ist aber, ob er auch die Pflicht hat, die Verweigerung anzugreifen, sich also zum Fürsprecher des betroffenen Arbeitnehmers zu machen, oder ob der betroffene Arbeitnehmer selbst die Möglichkeit hat, das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einzuleiten.

1. Eigenes Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers

Ob der betroffene Arbeitnehmer ein eigenes Antragsrecht hat, das heißt, ob er von sich aus das Zustimmungsersetzungsverfahren nach zum Beispiel § 99 Abs. 4 BetrVG einleiten kann, ist umstritten.

a) Gesetzliche Regelung des Antragsrechtes

Die Antragsberechtigung ergibt sich aus dem materiellen Recht. Fehlt eine entsprechende Vorschrift, so steht das Antragsrecht jedem Beteiligten zu ¹. Aus den Gesetzen, ArbGG und BetrVG, ergibt sich, daß das Recht, einen Einleitungsantrag zum arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren zu stellen, in den gewählten Beispielen (vgl. etwa §§ 99 Abs. 4, 103 Abs. 2 BetrVG) dem Arbeitgeber zusteht. Mit der Einleitung durch den Arbeitgeber werden er und der Betriebsrat formell, der betroffene Arbeitnehmer materiell Beteiligte. Ein eigenes Antragsrecht für den Arbeitnehmer

1 Hueck/Nipperdey § 103 IV 2; BAG AP Nr. 2 zu § 81 BetrVG

ergibt sich aus dem BetrVG oder dem ArbGG nicht ¹. Es kommt eine analoge Anwendung von Vorschriften aus der FGG in Betracht, aus denen ein Antragsrecht hergeleitet werden könnte. Voraussetzung für eine Analogie ist aber das Bestehen einer Regelungslücke ², also ein vom Gesetz nicht geregelter Tatbestand.

Eine solche Gesetzeslücke im Sinne einer Unvollständigkeit besteht aber in den Beispielsfällen nicht; denn dort ist die Antragsberechtigung, wenn auch nur für den Arbeitgeber, geregelt. Diese Vorschriften aus dem BetrVG und dem ArbGG sind insoweit abschließend und damit nicht im Rahmen einer vergleichenden Betrachtung mit Vorschriften aus dem FGG-Verfahren erweiterungsfähig.

b) Bildung eines Antragsrechtes des Arbeitnehmers durch richterliche Rechtsfortbildung

Aber auch ohne gesetzliche Verankerung eines Antragsrechtes für den Arbeitnehmer und ohne eine analoge Anwendung von vergleichbaren Verfahrensvorschriften kann man möglicherweise ein derartiges Recht herleiten: Die Befürworter eines Antragsrechtes führen an, daß das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren im BetrVG und im ArbGG generell so lückenhaft geregelt ist, daß im Rahmen richterlicher Ergänzung ein solches Recht dem betroffenen Arbeitnehmer zuerkannt werden kann ³. Dabei wird aber von

1 Blomeyer in JZ 76, S. 733 (735) leitet daraus eine Antragsberechtigung für jedermann her; daneben tritt nur - soweit ersichtlich - Pouyadou, S. 223 ff entgegen dem eindeutigen Wortlaut des BetrVG und des ArbGG für ein Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers ein.

2 Larenz, Methodenlehre S. 354 ff

3 Hanau in RdA 1973, S. 281 (288)

der völligen Gleichstellung von Antrags- und Beteiligtenbefugnis ausgegangen und nicht die hier vertretene Unterscheidung von formeller und materieller Beteiligung vorgenommen.

Die Erweiterung des Antragsbedürfnisses auf den betroffenen Arbeitnehmer soll sich dabei auch aus der Überlegung heraus ergeben, daß der Gesetzgeber des BetrVG von 1972 davon ausging, daß sich der Arbeitgeber immer zum Anwalt des Arbeitnehmers machen wolle ¹. Die Wirklichkeit sieht aber häufig anders aus. Hier wird der Arbeitgeber im Interesse reibungsloser künftiger Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat im Einzelfall die gerichtliche Konfrontation vermeiden ².

Es ist schon fraglich, ob man die Regelungen des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens pauschal als lückenhaft bezeichnen kann; denn aus § 99 Abs. 4 oder § 103 Abs. 2 BetrVG ergeben sich Regelungen bzgl. der Antragsbefugnis. Trotzdem soll im folgenden die Möglichkeit der Erweiterung des Antragsrechts durch richterliche Rechtsfortbildung geprüft werden ³. An diese sind strengere Anforderungen zu stellen, als an eine Lückenausfüllung durch Analogie ⁴. Schon daraus ergibt sich, daß bei Verneinung der Analogie wegen einer fehlenden Gesetzeslücke eine richterliche Ergänzung im Rahmen einer Rechtsfortbildung nicht möglich sein kann. Das nicht vorhandene Antragsrecht für den betroffenen Arbeitnehmer ist allenfalls ein Fehler des Gesetzes, es handelt sich also nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit. Die Regelungsabsicht, Schaffung eines Antragsrechts für das Beschlußverfahren, ist verwirklicht.

1 Dietz-Richardi, RdNr 223 zu § 99 BetrVG

2 Biedenkopf in BB 1972, S. 1513 (1516)

3 zu den Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 351 ff

4 Larenz aaO, S. 352

Mag das Antragsrecht für den betroffenen Arbeitnehmer rechtspolitisch wünschenswert sein ¹ und mit guten Gründen gefordert werden, das Gesetz ist darum nicht unvollständig, sondern allenfalls verbesserungsbedürftig ².

Damit ist allerdings noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob eine solche Verbesserung durch richterliche Ergänzung stattfinden kann. Dagegen könnte zunächst das im Grundgesetz verankerte Prinzip der Gewaltenteilung sprechen; denn in der richterlichen Rechtsfortbildung könnte ein Eingriff der Judikative in die Befugnisse des Gesetzgebers zu sehen sein. Die Rechtsprechung ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Durch die Verwendung der beiden Begriffe " Gesetz " und " Recht " ist erkennbar, daß die Begriffe nicht synonym gebraucht werden. Daraus ergibt sich, daß die Gerichte nicht allein an das positive Gesetz gebunden sind ³. Grenzen sind aber dann zu ziehen, wenn der Gesetzgeber - wie hier - eine positive Regelung geschaffen hat; denn dann ist die Rechtsprechung an das vorhandene positive " Gesetz " im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Die teilweise dagegen vorgebrachten Argumentation, im Arbeitsrecht sei die richterliche Rechtsfortbildung praktisch an der Tagesordnung, überzeugt wegen ihrer Pauschalität hier nicht. Diese Rechtsfortbildung findet auf Gebieten statt, auf denen der Gesetzgeber überhaupt keine positive Regelungen getroffen hat, wie beispielsweise im Arbeitskampfrecht, so daß hier die Rechtsprechung tatsächlich nur an den Begriff " Recht " des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist.

1 in diesem Sinne ist wohl auch Pouyadou, S. 219 zu verstehen

2 Larenz aaO, S. 358 f

3 Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, S. 10, Fußnote 12

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß dem betroffenen Arbeitnehmer nicht durch richterliche Rechtsfortbildung ein Antragsrecht in den Fällen eingeräumt werden kann, in denen dies vom Gesetzgeber nur für den Arbeitgeber vorgesehen ist.

Dieses Ergebnis steht auch mit der Ansicht des größten Teils der Literatur in Einklang, der die Auffassung vertritt, daß der Wortlaut der entsprechenden Vorschriften insoweit eindeutig nur dem Arbeitgeber ein Antragsrecht einräume¹. Die fehlende gesetzliche Regelung läßt sich damit begründen, daß der Betriebsrat als Repräsentant der Arbeitnehmer es selbst verantworten soll, wie er deren Interessen wahrnimmt². Sinn eines nur auf den Arbeitgeber beschränkten Antragsrechtes sei es, daß der Arbeitgeber nach der Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat allein entscheiden soll, ob er das Verfahren einleitet. Daher kann er deshalb von der Einleitung absehen, weil ihn die Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats überzeugt haben oder aber er das Verfahren aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Erwägungen nicht für aussichtsreich hält³. Außerdem stehen dem Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte zur Wahrung kollektiver Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu. Diese Rechte haben zwangsläufig zur Folge, daß der Individualschutz des einzelnen Arbeitnehmers zurückgedrängt wird, wenn der Kollektivschutz vom Gesetzgeber favorisiert wird⁴.

1 Lepke in ArbuR 1973, S. 107 (109); Biedenkopf, in BB 1972, S. 1513 (1516); Meisel, S. 112; Fitting/Auffahrt/Kaiser, Rdnr 67 zu § 99 BetrVG; Matthes in DB 1974, S. 2007 (2009)

2 so etwa Löwisch in Galperin-Löwisch, Rdnr 9 f vor § 74 BetrVG

3 Stege - Weinspach, Rdnr. 102 zu §§ 99 - 101 (S. 742)

4 Boewer in RdA 1974, S. 72 (76)

Zwar wird dagegen angeführt, daß durch die Erweiterung der Kollektivmacht mittelbar auch der Stellenwert des Individuums als Mitglied der Belegschaft vergrößert wurde und durch diese Verstärkung auch jegliche Streitigkeit zwischen Betriebsrat und Belegschaftsmitglied Gegenstand des Beschlußverfahrens sein muß, was sich aus einer bewertenden Interpretation der Rechtsgrundsätze des Beschlußverfahrens ergebe ¹. Dies soll im Ergebnis zu einem Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers führen. Trotzdem kann sich auch eine neue wertende Interpretation nicht über die - wie oben festgestellt - eindeutige gesetzliche Regelung des Antragsrechts hinwegsetzen, weswegen diese Argumentation auch weitgehend auf Ablehnung stößt ².

Reaktionsmöglichkeiten nach dem BetrVG stehen dem betroffenen Arbeitnehmer aber gegen Entscheidungen des Betriebsrates gleichwohl zur Verfügung. Diese sind allerdings auf das Ausschlußverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG oder die Nichtwahl bei späteren Betriebsratswahlen beschränkt. Dadurch hat der Gesetzgeber den einzelnen Arbeitnehmer gegenüber den Handlungen des Betriebsrates nicht völlig schutzlos gelassen. Auf die Wirkungslosigkeit dieser Mittel - insbesondere für einen Stellenbewerber - wird hier bereits hingewiesen. Als Reaktionsmöglichkeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne können zwar auch

¹ Blomeyer in Gedächtnisschrift für Dietz, S. 156 ff, insbesondere S. 173

² vgl. etwa Fitting-Auffahrt-Kaiser RdNr 43 zu § 99 BetrVG

die dem betroffenen Arbeitnehmer/Bewerber im ersten Untersuchungsschwerpunkt eingeräumten Schadenersatzansprüche angesehen werden; diese sind aber nur Sekundäransprüche und haben auf die Amtsführung des Betriebsrates allenfalls mittelbar Einfluß durch die Sanktion der Geldbuße. Einen ausreichenden und umfassenden Schutz stellen diese Ansprüche aber nicht dar.

c) Konsequenzen des erarbeiteten Ergebnisses

Dieses dogmatisch überzeugende Ergebnis hat aber folgende Konsequenzen:

Der betroffene Arbeitnehmer steht einer rechtswidrigen Handlung des Betriebsrates und einer darauf folgenden Untätigkeit des Arbeitgebers praktisch schutzlos gegenüber, da ihm wirkungsvolle Reaktionsmöglichkeiten nach dem BetrVG nicht eingeräumt werden. Der dort normierte und durch einen Schadenersatzprozeß mittelbar gegebene Schutz ist zu schwach.

Außerdem scheidet eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns des Betriebsrates durch ein Gericht, also z. B. eine Kontrolle, ob die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG auch tatsächlich vorliegen, aus ¹. Nicht zuletzt deswegen ist die gesetzliche Regelung auch umfassender Kritik ausgesetzt ². Die oben geschilderten

1 eine Kontrolle findet inzident nur dann statt, wenn der Bewerber gegen den (potentiellen) Arbeitgeber einen Einstellungsanspruch in einem Einstellungsprozeß geltend machen kann

2 z.B.: Arbeitsgericht Göttingen in DB 1973, S. 338 (339); Biedenkopf in BB 1972, S. 1513 (1516)

Reaktionsmöglichkeiten erscheinen auch nicht sehr effektiv. Denn für das Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG ist ein Quorum von 25 % der wahlberechtigten Arbeitnehmer erforderlich. Ob sich diese Anzahl aktivieren läßt, wenn ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist, erscheint fraglich. Auch die Nichtwiederwahl bei einer späteren Betriebsratswahl ist ein wenig geeignetes Reaktionsmittel, weil zwischen Zustimmungsverweigerung und nächster Wahl bis zu drei Jahren liegen können und in dieser Zeit einzelne Handlungen des Betriebsrates in Vergessenheit geraten. Wirkung läßt sich außerdem nur mit einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern erzielen. Demnach sind diese Reaktionen nur sekundärer Natur; die rechtswidrige Handlung selbst kann nicht angegriffen werden.

Die zweite Konsequenz ist, daß die geschilderten Reaktionsmöglichkeiten, die ja eine Erklärung für das fehlende Antragsrecht des Betroffenen sein sollen, für den Fall der verweigerten Zustimmung zu einer Einstellung dem Bewerber nicht zur Verfügung stehen. Da es wegen der fehlenden gerichtlichen Kontrolle zu einer Einstellung des Bewerbers nur dann kommt, wenn ein Einstellungsanspruch vorliegt, hat er die dargestellten Reaktionsmöglichkeiten in der Regel nicht. Eine der Beteiligtenstellung vergleichbare Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs¹ scheidet in § 23 Abs. 1 BetrVG aus, weil das Amtsenthebungsverfahren nur wahlberechtigte Arbeitnehmer einleiten können. Zwar setzt die Wahlberechtigung gemäß § 7 BetrVG nur die Vollendung des 18. Lebensjahres voraus. Dies bedeutet aber, daß auch

1 vgl. oben S.81 ff

der Kreis der Belegschaftsangehörigen eingeschränkt wird, womit eine Ausdehnung auf den wegen der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates erfolglosen Bewerber nicht erfolgen kann.

d) Zusammenfassung

Damit kann als Ergebnis festgehalten werden, daß der von der verweigerten Zustimmung betroffene Arbeitnehmer kein eigenes Antragsrecht zur Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens hat ¹. Aus diesem Ergebnis den Schluß zu ziehen, die gesetzliche Regelung sei verfassungswidrig - denkbar sind Verstöße gegen die freie Wahl des Arbeitsplatzes aus Art. 12 GG, gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG, sowie gegen das Übermaßverbot -, ist noch verfrüht ². Denn aus dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen ergibt sich, daß zunächst andere Möglichkeiten zu untersuchen sind, die zu einem ausreichenden Rechtsschutz des betroffenen Arbeitnehmers führen. Nach diesem Gebot ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann ³. Gedacht ist dabei an eine Untersuchung darüber, ob der betroffene Arbeitnehmer einen Anspruch gegen diejenigen hat, die das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einzuleiten in der Lage sind.

1 so auch Schlochauer in Kammann/Hess/Schlochauer, Rdnr 133 zu § 99 BetrVG; im Ergebnis ebenfalls Adomeit in DB 1971, S. 2360 (2361)

2 vgl. dazu Dietz-Richardi, Rdnr 223 zu § 99 BetrVG, der aus verfassungsrechtlichen Gründen dem betroffenen Arbeitnehmer ein Antragsrecht einräumt

3 ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 2, S. 266 (282); vgl. auch Stern § 44 II 3 a

2. Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers gegen den (potentiellen) Arbeitgeber auf Einleitung des arbeits- gerichtlichen Beschlußverfahrens

Bei der Herleitung eines solchen Anspruchs ergeben sich - insbesondere für den von einer verweigerten Zustimmung zur Einstellung betroffenen Arbeitnehmer - die in der Einleitung beschriebenen Schwierigkeiten : das Betriebsverfassungsgesetz stellt ein Regelsystem zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat dar, der einzelne Arbeitnehmer wird nur im Rahmen des Ergebnisses der Auseinandersetzungen betroffen. Deswegen lassen sich aus den Normen des BetrVG nur schwer Argumentationsansätze für einen solchen Anspruch gewinnen. Eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, den Widerspruch des Betriebsrates anzugreifen, besteht nicht. Aus den gesetzlichen Regelungen ergibt sich, daß der Arbeitgeber das Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten kann (z.B.: nach § 99 Abs. 4 BetrVG) aber nicht muß; er ist in dem Beschlußverfahren nach §§ 80 ff ArbGG Antragsberechtigter aber nicht Antragsverpflichteter. Daher können aus dem BetrVG allenfalls Argumente, nicht aber ein Anspruch selbst entwickelt werden. Der Schwerpunkt liegt deswegen auf einer Herleitung aus dem Arbeitsverhältnis. Für den Bewerber ergibt sich dabei die besondere Schwierigkeit, daß ein solches noch nicht besteht, sondern erst im Entstehen begriffen ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil vom 2. Juli 1980 ¹ bei einer Klage auf Einstellung in den öffentlichen Dienst die Auffassung vertreten, daß auf den Einstellungsanspruch nur die zu Recht verweigernde Zustimmung Einfluß habe und im Einstellungsprozeß geprüft

1 BAG in EzA Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972

werden könne, ob der Personalrat seine Zustimmung zu Recht verweigert habe. Die Folge dieser Überlegungen besteht darin, eine Verbindung zwischen einem Einstellungsanspruch des Bewerbers und dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats herzustellen ¹. Eine Übertragung dieser - umstrittenen ² - Überlegungen auf "private" Arbeitsverhältnisse kommt nur dann in Betracht, wenn auch dort ein Einstellungsanspruch bejaht wird. Die Konsequenz wäre, daß in dem Prozeß auf Einstellung die Frage, ob der Betriebsrat zu Recht eine nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung verweigert hat, mitentschieden wird. Ein solcher Einstellungsanspruch gegen einen nichtöffentlichen Arbeitgeber muß aber grundsätzlich verneint werden ³.

Damit stellt sich die Frage, welchen Sinn ein möglicher Anspruch gegen den (potentiellen) Arbeitgeber auf Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens hat, wenn der Betroffene im Falle der Ersetzung keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Abschluß des Arbeitsvertrages hat. Diese Frage stellt sich aber erst dann, wenn man einen Anspruch auf Einleitung des Ersetzungsverfahrens gegen den (potentiellen) Arbeitgeber bejaht. Ein solcher Anspruch soll zunächst untersucht werden.

a) Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bzw. das Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses als Ansatz für einen Anspruch

Dogmatischer Ansatz für einen Anspruch ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bzw. für den Bewerber das Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses ⁴.

1 Löwisch/Röder in Anmerkung zu BAG aaO unter II. 1.

2 Löwisch/Röder aaO

3 vgl. dazu ausführlich unten S. 101 und Löwisch/Röder aaO unter II. 3. m.w.N.

4 vgl. Richardi in ZfA 1972, Sonderheft S. 1 (16); Adomeit in DB 1971, S. 2361

Es soll zunächst der Inhalt der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Fürsorgepflicht festgestellt werden und im Anschluß daran, ob sich daraus ein Anspruch dieser Art - zunächst im Bereich der personellen Mitbestimmung nach § 99 BetrVG - herleiten läßt.

Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses beschränkt sich nach heutigem Verständnis nicht auf den bloßen Austausch von Leistung und Gegenleistung, also Geld für Arbeit. Neben diesen Hauptpflichten ergeben sich für die Arbeitsvertragsparteien vertragliche Nebenpflichten, die als Treuepflicht des Arbeitnehmers und als Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bezeichnet werden. Diese sich - insbesondere für den Arbeitgeber - aus allgemeinen sozialen Schutzprinzipien ergebenden Pflichten, richten sich entweder nach dem Gesetz (z.B.: die Pflicht zu Schutzmaßnahmen nach § 618 BGB, die Unterrichtungspflicht aus § 81 BetrVG oder die Pflicht zur Gleichbehandlung aus Art. 3 GG und § 75 BetrVG) oder ergeben sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Für die Herleitung eines Anspruchs muß die konkrete Verpflichtung jedoch eine irgendwie geartete Grundlage im Gesetz haben ¹.

Eine solche Nebenpflicht des Arbeitgebers im Sinne einer Fürsorgepflicht konkretisiert § 75 BetrVG durch seinen Schutzauftrag ², wonach auch der Arbeitgeber darüber zu wachen hat, daß alle Arbeitnehmer nach Recht und Billigkeit zu behandeln sind. Wenn der Betriebsrat aber über die ihm eingeräumten Rechte hinausgeht und der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, dagegen einzuschreiten, es aber unterläßt, so könnte darin eine Verletzung dieser sich aus § 75 BetrVG ergebenden Pflicht gesehen werden.

1 Großmann / Schneider RdNr 235

2 Löwisch in Galperin/Löwisch RdNr 41 zu § 75 BetrVG

Dieser Ansatz stößt bei dem vor der Zustimmungsverweigerung betroffenen Stellenbewerber auf Schwierigkeiten. Denn § 75 geht sowohl in Absatz 1 ("im Betrieb tätige Personen ...") als auch in Absatz 2 ("der im Betrieb beschäftigten ...") von bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen und damit integrierten Arbeitnehmern aus. Vor der Prüfung des Umfangs des geschützten Personenkreises, soll aber zunächst untersucht werden, ob die Unterlassung des Arbeitgebers überhaupt eine Pflichtverletzung darstellt.

Ob sich aus dieser zunächst als Pflichtverletzung erscheinenden Unterlassung allerdings ein Anspruch auf Tätigwerden herleiten läßt, erscheint fraglich. Denn in der Praxis wird der Arbeitnehmer wissen oder zumindest vom Arbeitgeber darüber aufgeklärt - wozu bei Durchführung einer vorläufigen personellen Maßnahme gemäß § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG eine Verpflichtung besteht -, daß die Einzelmaßnahme von der Zustimmung des Betriebsrates abhängt. Der Betroffene weiß also, daß die personelle Maßnahme nicht nur vom Willen des Arbeitgebers abhängt.

Entscheidend sind die denkbaren Beweggründe, die den Arbeitgeber zur Nichteinleitung des Verfahrens veranlassen. Denkbar ist zunächst, daß ihn die Gründe des Betriebsrates überzeugen haben ¹, also der Fall, in dem der Widerspruch des Betriebsrates aus den Gründen des § 99 Abs. 2 BetrVG zu Recht erfolgte. Wenn der Arbeitgeber hier nicht zur Verfahrenseinleitung bereit ist, so kann dies nicht eine Verletzung der Fürsorgepflicht bedeuten. Das ergibt sich daraus, daß die Einleitung im Ermessen des Arbeitgebers steht (" kann ") ². Eine Verletzung könnte hier nur in

1 Stege - Weinspach, RdNr. 102 zu §§ 99 - 101 (S. 742)

2 Kraft in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 99 RdNr 127 spricht von Möglichkeit, der Begriff Ermessen scheint aber präziser

einem Ermessensnicht- oder -fehlgebrauch liegen. Wenn aber eine Entscheidung sich mit den von dem Gesetzgeber geschaffenen Gründen deckt, so kann man vertreten, daß sich das Ermessen auf diese eine Entscheidungsmöglichkeit beschränkt; die Entscheidung der Nichteinleitung stellt aber auf keinen Fall eine Verletzung dar.

Ein weiterer Grund des Arbeitgebers, das Ersetzungsverfahren nicht einzuleiten, kann darin bestehen, daß er es wegen der weiteren notwendigen Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat auf eine Auseinandersetzung mit ihm in dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nicht ankommen lassen will. Dieser Grund könnte eher eine Verletzung der Fürsorgepflicht darstellen, denn diese Überlegung beinhaltet die Möglichkeit, daß der Betriebsrat aus Gründen widersprochen hat, die außerhalb des § 99 Abs. 2 BetrVG liegen. Fraglich ist damit, wie weit der Ermessensspielraum der "kann"-Regelung des § 99 Abs. 4 BetrVG, zu ziehen ist oder ob sich das Ermessen auf eine Entscheidung, Einleitung des Verfahrens, beschränkt.

Eine Untersuchung darüber hat, soweit ersichtlich, noch nicht stattgefunden. Man hat sich bisher darauf beschränkt, die "kann"-Regelung des § 99 Abs. 4 BetrVG als Möglichkeit ¹, die der Arbeitgeber hat, wenn er sich damit nicht abfinden will ², zu bezeichnen. Aus diesen Formulierungen ergibt sich bereits ein weiter Ermessensspielraum. Dieser resultiert aber auch aus anderen Überlegungen:

Der Gesetzgeber hat die ungewisse rechtliche Lage für den von einer personellen Einzelmaßnahme Betroffenen gewollt,

1 Kraft aaO; Fitting/Auffahrt/Kaiser RdNr 67 zu § 99 BetrVG

2 Löwisch in Galperin/Löwisch RdNr 113 zu § 99 BetrVG

zumindest aber offensichtlich in Kauf genommen. Denn durch die Notwendigkeit der Zustimmung des Betriebsrats verzögert sich die ohnehin - insbesondere bei einer Einstellung - vorhandene Ungewissheit um bis zu einer Woche. Besser steht sich der Betroffene dann, wenn sich der Arbeitgeber unter den engen Voraussetzungen des § 100 BetrVG zur Durchführung einer vorläufigen personellen Maßnahme entschließt. Denn hier wird der Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung der Maßnahme bei Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG gezwungen, das Zustimmungserteilungsverfahren einzuleiten. Dies erklärt sich daraus, daß durch die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme ein so enges Vertrauensverhältnis geschaffen wurde, das dann zu einer zwingenden gerichtlichen Überprüfung führt. Diese Regelung zeigt, daß der Gesetzgeber die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen gesehen hat, es aber im Fall des § 99 BetrVG in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt hat, ob eine gerichtliche Überprüfung stattfindet. Dieser Schluß zeigt, daß bei dem dem Arbeitgeber zustehenden Ermessen zur Einleitung, dieser Gesichtspunkt keine Rolle spielen kann¹, denn sonst hätte der Gesetzgeber auch hier die zwingende gerichtliche Überprüfung geregelt.

Für einen über den einzelnen Arbeitnehmer hinausgehenden, also weiten Rahmen des Ermessenspielraumes spricht auch, daß, wenn der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die weitere Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat berücksichtigt, er dies im Interesse einer zukünftigen guten Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat und damit im Interesse der übrigen Arbeitnehmerschaft und des Betriebes tut. Damit beachtet er

1 so aber Adomeit in DB 1971, S. 2360 (2361), ohne Begründung und ohne Differenzierung zwischen § 99 und § 100 BetrVG; dagegen spricht auch die Aufklärungspflicht nach § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG

die Grundsätze der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG. Eine sich im Rahmen des Gesetzes bewegendes Ermessensausübung ist aber keine fehlerhafte. Damit stellt auch die Nichteinleitung des Verfahrens, deren Entscheidung auf Berücksichtigung der weiteren Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat beruht, keine Verletzung der Fürsorgepflicht dar.

b) Herleitung eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber aus einem Vergleich mit Regelungen des Verfahrens vor der Einigungsstelle

Die Befürworter eines Anspruchs des Arbeitnehmers bzw. Bewerbers gegen den Arbeitgeber begründen in der Regel ihre Ansicht nicht ¹. Lediglich Hanau führt bezüglich eines solchen Anspruchs aus, daß sich aus § 76 Abs. 7 BetrVG, wonach der Spruch der Einigungsstelle den nach anderen Vorschriften gegebenen Rechtsweg nicht ausschließt, der allgemeine, verfassungsrechtlich abgesicherte Gedanke der Garantie des Rechtsweges ergebe ². Sinn des § 76 Abs. 7 BetrVG ist es aber zu verdeutlichen, daß die Einigungsstelle keine richterliche Funktion hat und daß keinem Beteiligten die Geltendmachung seiner Rechte vor Gerichten durch deren Entscheidung versperret wird. Die Einführung dieser "Rechtsweggarantie" im BetrVG 1972 war eine Reaktion auf die insoweit unklare Fassung des § 50 Abs. 4 BetrVG 1952; dort wurde aus der Formulierung, daß die Einigungsstelle "verbindlich entscheidet" teilweise gefolgert, daß weitere

1 vgl. etwa Adomeit aaO; Fitting-Auffahrt-Kaiser, der in Rdnr 68 zu § 99 BetrVG einen solchen Anspruch erwägt, ihn in Rdnr 21 zu § 75 BetrVG aber bereits (ohne Begründung) voraussetzt

2 Hanau in RdA 1973, S. 281 (288)

rechtliche Reaktionen gegen die Entscheidung nicht möglich seien ¹.

Das Verfahren vor der Einigungsstelle kommt bei Auseinandersetzungen über die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG nicht in Betracht; denn hier kommt es sofort zu dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG, so daß es der " Rechtsweggarantie " des § 76 Abs. 7 BetrVG - unter Umständen in analoger Anwendung - nicht bedarf. Außerdem wird durch § 76 Abs. 7 BetrVG nur ein nach anderen Vorschriften gegebener Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Ein Rechtsweg ist aber wegen des Fehlens eines einklagbaren Anspruchs hier gerade nicht gegeben.

Dagegen entscheidet bei Unstimmigkeiten zwischen den Betriebspartnern im Bereich der Mitbestimmung in sozialen oder wirtschaftlichen Angelegenheiten die Einigungsstelle (z.B.: §§ 87 Abs. 2, 112 Abs. 4 BetrVG), so daß der Rechtsweggarantie des § 76 Abs. 7 BetrVG insoweit Bedeutung zukommen könnte. Antragsberechtigt zur Einleitung des Verfahrens vor der Einigungsstelle sind aber nur Arbeitgeber oder Betriebsrat oder beide gemeinsam (vgl. § 76 Abs. 5 und 6 BetrVG). Die hier bestehenden Möglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers werden unten untersucht ².

Daraus folgt, daß die Herleitung eines Anspruchs aus einem Vergleich mit Regelungen des Verfahrens vor der Einigungsstelle ausscheidet.

1 vgl. dazu Kraft GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 76 Rdnr 129

2 vgl. unten S. 129 ff

c) Anspruch aus einem Vergleich mit zivilrechtlichen Verträgen, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen

Auch aus einem Vergleich mit zivilrechtlichen Verträgen, die eine behördliche Genehmigung erfordern, wird von den Befürwortern ein solcher Anspruch hergeleitet. Dort folgt aus der gegenseitigen Treuepflicht der Parteien die Verpflichtung des anderen Vertragspartners, alles in seinen Kräften stehende zu tun, um die Genehmigung während des Schwebezustandes ohne Rücksicht auf Nachteile herbeizuführen¹. Dieser Grundsatz wird auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und dem betroffenen Arbeitnehmer übertragen².

Es handelt sich hierbei auch um einen unzulässigen Vergleich. Denn die oben aufgeführten Gründe, die den Arbeitgeber dazu führen, das Ersetzungsverfahren nicht einzuleiten, spielen in den Fällen der Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung keine Rolle. Die "Vertrags"-partner (es besteht außerdem die Besonderheit, daß ein Arbeitsvertrag in der Regel noch nicht abgeschlossen wurde. Aus diesem ließe sich nämlich ein Einstellungsanspruch gegen den Arbeitgeber herleiten, so daß diese Überlegungen hier überflüssig waren.) sind nicht darauf angewiesen, die Auswirkungen eines gerichtlichen Vorgehens gegen die genehmigende Behörde für sich oder für den anderen Vertragspartner zu berücksichtigen, weil solche nicht denkbar sind. Diese Gründe aber kann der Arbeitgeber berücksichtigen. Außerdem lassen sich die beiden drittbeteiligten Stellen, Betriebsrat auf der einen, genehmigende Behörde

1 BGH in BB 1956, S. 869; RGZ 129, 357 (377)

2 so Boewer in RdA 1974, S. 72 (78, Fußnote 57)

auf der anderen Seite, nicht miteinander vergleichen, weil die Grundlage ihrer Beteiligung völlig verschieden ist. Die Pflicht zur Einleitung ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, daß sich der Arbeitgeber für einen Bewerber durch eine Vorauswahl im Rahmen der Unterrichtung des Betriebsrates entschieden und sich damit verpflichtet hat, alles zum Wirksamwerden des Vertrages zu tun ¹. Denn damit wird die "kann"-Regelung des § 99 Abs. 4 BetrVG, die eine vom Gesetzgeber gewollte Ermessensentscheidung darstellt, in ein Muß für den Arbeitgeber. Der Anspruch läßt sich also auch nicht mit diesem Vergleich begründen.

Auch aus der Überlegung, daß der Arbeitgeber vom BetrVG nicht als betriebsverfassungsrechtlicher Repräsentant, sondern als Vertragsgegner der Arbeitnehmer in Pflicht genommen wird ², kann sich ein Anspruch nicht begründen. Denn auch dieser Ansatz basiert auf dem Gedanken, daß sich eine entsprechende Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Dies ist aber aus den oben geschilderten Gründen nicht der Fall.

d) Probleme des Rechtsschutzbedürfnisses

Aus der Weigerung des Arbeitgebers, das Beschlußverfahren einzuleiten, wird teilweise bereits das Fehlen des Rechtsschutzinteresses für ein Verfahren des Arbeitnehmers geschlossen ³. Dies erkläre sich daraus, daß der Arbeitgeber mit der Weigerung zu erkennen gebe, daß er an der für den Arbeitnehmer vorgesehenen personellen Maßnahme

1 so aber Boewer aaO

2 so Löwisch in ArbuR 1972, S. 359 (362); ders. in Galperin/Löwisch RdNr 41 zu § 75

3 Hanau in RdA 1973, S. 281 (288 f)

kein Interesse mehr habe. Das mangelnde Interesse ist der dritte denkbare Grund für die Entscheidung des Arbeitgebers. Denn er hat kein Interesse daran, den von der personellen Maßnahme betroffenen Arbeitsplatz bis zur endgültigen Entscheidung der Arbeitsgerichte unbesetzt zu lassen. Auch der Grund dieser Entscheidung ist im Interesse des Betriebes und stellt nach dem oben Gesagten keine Verletzung der Fürsorgepflicht dar. Das von dem Arbeitgeber aufgrund eines Anspruchs des Betroffenen eingeleitete Verfahren könnte nämlich dazu führen, daß das Arbeitsgericht die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme für einen Arbeitsplatz, der bereits anderweitig besetzt ist und für einen Arbeitnehmer, der nunmehr weder vom Arbeitgeber noch vom Betriebsrat dort erwünscht ist, ersetzt. Wird der gerichtliche Streit durch alle Instanzen geführt, so nimmt dies längere Zeit in Anspruch, was nur unter den engen Voraussetzungen einer vorläufigen Maßnahme nach § 100 BetrVG umgangen werden kann. Hier führt die umfassende Garantie des Rechtswegs praktisch zu einer Rechtsschutzverweigerung.

Die Problematik des Anspruchs als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses zu sehen, scheitert aber an folgender Überlegung:

Dieses ist nur dann nicht gegeben, wenn ein materiell Berechtigter die Gerichte als Teil der Staatsgewalt unnütz bemüht, ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren zur Verfolgung zweckwidriger, also nicht schutzwürdiger Ziele ausnutzt¹ oder sein Ziel mit einfacheren Mitteln erreichen kann². Die Frage, ob es einen solchen Anspruch aus einem Vertrauensverhältnis oder aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gibt bzw. die Argumente, die

1 Lepke in DB 1975, S. 1938 (1939)

2 Hartmann in Baumbach/Lauterbach Rdnr 5 zu Grundzüge § 253

gegen einen solchen Anspruch sprechen, sind materiell-rechtlicher Natur. Wenn es diesen Anspruch gibt, dann ist der Betroffene auch Anspruchsinhaber und damit aktiv-legitimiert. Es handelt sich hier vielmehr um eine sogenannte qualifizierte Prozeßvoraussetzung, das heißt, daß bei Ablehnung des materiellen Anspruchs auch die Aktiv-legitimation entfällt. Zu dieser Feststellung kann das Gericht aber nur durch eine materielle Prüfung gelangen, so daß es sich nicht um eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit handelt, sondern um ein Problem der Anspruchsvoraussetzungen im Bereich der Begründetheit.

e) Zusammenfassendes Ergebnis

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß der von der Zustimmungsverweigerung bei einer personellen Einzelmaßnahme durch den Betriebsrat betroffene Arbeitnehmer keinen Anspruch gegen den (potentiellen) Arbeitgeber auf Einleitung des Ersetzungsverfahrens hat. Damit kommt es auf die eingangs gestellte Frage nach dem Sinn und der Folge eines solchen Anspruchs nicht an. Von diesem Ergebnis sind zwei Ausnahmen zu machen:

Zum einen besteht ein im Urteilsverfahren einklagbarer Anspruch natürlich dann, wenn der Arbeitgeber dem Betroffenen eine verbindliche Zusage zur Einleitung des Verfahrens für den Fall gegeben hat, daß der Betriebsrat der personellen Maßnahme widerspricht ¹. Dann allerdings ergibt sich der Anspruch aufgrund einer privatrechtlichen Zusage, nicht aber aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

1 Fitting-Auffahrt-Kaiser aaO; Schlochauer in Kammann/Hess/
Schlochauer RdNr 133 zu § 99 BetrVG

oder aus einer Auslegung des BetrVG. Anders ist es dagegen, wenn der Arbeitnehmer bereits vor einer Zustimmung des Betriebsrates beschäftigt ist. Diese vorzeitige Beschäftigung verstößt gegen das gesetzliche Verbot des § 101 Satz 1 BetrVG und ist nur als vorläufige personelle Maßnahme mit entsprechender Aufklärung des Betroffenen nach § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG möglich. Ein Anspruch zur Verfahrensleitung kann daher aus der tatsächlichen Beschäftigung nicht hergeleitet werden; denn dies würde zu einer weiteren Vertiefung und damit Rechtfertigung der gesetzwidrigen Lage führen.

Zum anderen hat der einzelne Arbeitnehmer natürlich auch dann gegen den Arbeitgeber einen Anspruch, wenn dieser individualrechtlicher Natur ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer gerichtlich feststellen lassen will, daß ihn der Arbeitgeber aufgrund seines Arbeitsvertrages anders eingruppieren oder ihm einen anderen Arbeitsplatz zuweisen muß. Sollte sich dieses Begehren als begründet erweisen, so ergibt sich für den Arbeitgeber die Pflicht, das Ersetzungsverfahren einzuleiten. Der Anspruch selbst leitet sich aber aus dem individualrechtlichen Arbeitsvertrag her. In diesem Sinn sind m. E. auch die Befürworter eines Anspruchs zu verstehen ¹.

Denkbar bleiben, um den Interessen des Betroffenen zu entsprechen, Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitgeber. Schwierigkeiten ergeben sich aber auch hier daraus, daß die Nichteinleitung durch den Arbeitgeber keine Pflichtverletzung darstellt. Lediglich die Nichtaufklärung nach § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG bei einer vorläufigen personellen Maßnahme ist eine einen Schadenersatzanspruch begründende Pflichtverletzung.

1 Hanau aaO; Richardi in DB 1973, S. 378, fortgesetzt S. 428 (429)

3. Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat auf Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens

Ein solcher Anspruch trifft - zumindest im Bereich des § 99 BetrVG - zum einen auf das Problem, daß der Betriebsrat hier, selbst wenn ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen ihn besteht, gar nicht die Möglichkeit hat, das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einzuleiten. Dies steht gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG nur dem Arbeitgeber zu, so daß sich ein Anspruch gegen den Betriebsrat nur auf die Einleitung eines Verfahrens vor der Einigungsstelle beschränken kann.

Die Gewährung eines solchen Anspruchs führt außerdem auch zu einer merkwürdigen Situation: zunächst verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung bzw. unterläßt einen möglichen Widerspruch gegen eine Maßnahme des Arbeitgebers. Anschließend soll er dann doch - durch einen Anspruch des Betroffenen gezwungen - das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einleiten. Weitere Konsequenz wäre, daß damit die betriebliche Mitbestimmung in der Regel nicht mehr in den Betrieben, sondern vor den Arbeitsgerichten stattfinden würde, was eigentlich die Ausnahme darstellen soll.

Aus diesen Gründen ist ein solcher Anspruch bereits im Ansatz undenkbar und wird auch - soweit ersichtlich - in Literatur und Rechtsprechung nicht erwogen.

4. Konsequenz des erarbeiteten Ergebnisses im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit

Dem einzelnen Arbeitnehmer stehen damit keine rechtlichen Reaktionsmittel zur Seite. Er kann weder das Beschlußverfahren selbst einleiten, noch stenen ihm Ansprüche gegen den Arbeitgeber oder den Betriebsrat dahin gehend zu. Dies entspricht dem insoweit eindeutigen Wortlaut der §§ 99 Abs. 4 und 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG; denn dort wird nur der Arbeitgeber als Berechtigter zur Einleitung benannt. Diese gesetzliche Regelung ist mit der fehlenden Möglichkeit des Arbeitnehmers, ein Strafverfahren nach § 119 BetrVG einzuleiten, vergleichbar. Er ist auch hier nach § 119 Abs. 2 BetrVG nicht antragsbefugt.

Diesem Ergebnis steht die Schutzlosigkeit des betroffenen Arbeitnehmers gegenüber. Diese Schutzlosigkeit wurde durch die Rechtsprechung im Bereich des Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG etwas eingeschränkt. Der Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung ist eigentlich eine Voraussetzung für den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG. Über den Wortlaut des Gesetzes hinaus wird aber einem gekündigten Arbeitnehmer der Weiterbeschäftigungsanspruch auch ohne bzw. einen verfristeten Widerspruch gewährt, wenn die Kündigung offensichtlich unwirksam ist¹. Begründet wird die Auffassung zum einen damit, daß ein solcher Anspruch sonst nie in einem betriebsratslosen Betrieb bestene.

Außerdem sollte nach dem Bericht der Bundestagsausschüsse für Arbeit mit der Einführung der Widerspruchsmöglich-

1 BAG in NJW 1978, S. 239 (240); vgl. auch Bächle in NJW 1979, S. 1693 (1694 ff); kritisch und im Ergebnis ablehnend LAG Köln in NJW 1984, S. 255. Die Problematik war Gegenstand eines Vorlagebeschlusses des 7. Senats an den großen Senat des BAG, SAE 1984, S. 200. Der große Senat hat - unter gewissen Voraussetzungen - nunmehr in BB 1985, S. 463 einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch anerkannt.

keiten des Betriebsrates insbesondere der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer verbessert werden ¹. Eine beachtliche Verbesserung würde sich aber als eine erhebliche Verschlechterung auswirken, wenn der Weiterbeschäftigungsanspruch am fehlenden (verfristeten) Widerspruch des Betriebsrates scheitert. Damit wird dieser zu einer Sperrinstanz für das Weiterbeschäftigungsverlangen des gekündigten Arbeitnehmers, weil er keinen anderen Rechtsschutz hat ².

Damit liegt insoweit keine Beeinträchtigung vor.

Während auch bei Verweigerung der Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 103 BetrVG der kündigende Arbeitgeber in der Angriffsposition ist und damit ein Nachteil für den Einzelnen durch die unterlassene Einleitung nicht entsteht, hat der Arbeitnehmer im Rahmen der Mitbestimmung in personellen Einzelmaßnahmen keine Möglichkeit, die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 99 Abs. 2 BetrVG überprüfen zu lassen. Deswegen ist die gesetzliche Regelung auch der Kritik ausgesetzt ³.

Die fehlende Möglichkeit der Überprüfung ist vor allem verfassungsrechtlich bedenklich, weil hier ein Verstoß gegen Grundrechte, und zwar gegen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG vorliegen könnte. Es wurde festgestellt, daß die nichtvorhandene Regelung keine Un-

1 vgl. Verhandlungen des deutschen Bundestages 6. Wahlperiode, 1969, Band 154, Anlage zur Drucksache VI/2729 unter IV 3 (S. 7); vgl. dazu auch BAG in DB 1973, S. 2534 (2535) m.w.N.

2 Otto in DB 1972, S. 731 erwägt deshalb, aus den Geboten der §§ 75, 80 BetrVG bei der Verletzung von Auswahlrichtlinien einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Tätigwerden des Betriebsrates. Bedenken ergeben sich hier daraus, daß der Anspruch auf Widerspruch binnen einer Woche rechtskräftig durchgesetzt sein muß, um die Frist des § 102 Satz 1 BetrVG zu wahren.

3 vgl. etwa ArbG Göttingen in DB 1973, S. 338 (339); ebenfalls Biedenkopf in BB 1972, S. 1513 (1516)

vollständigkeit des Gesetzes darstellt, sondern vielmehr nur rechtspolitisch den Wunsch nach einem eigenen Antragsrecht entstehen läßt, ohne dies im Rahmen einer Rechtsfortbildung begründen zu können. Rechtspolitisch Wünschenswertes kann aber verfassungsrechtlich relevant werden, wenn das Unterlassen einer Regelung verfassungswidrig ist ¹.

Zwar könnte man daran denken, daß das im ersten Untersuchungsschwerpunkt erarbeitete Ergebnis, Schadenersatzansprüche geltend zu machen, eine angemessene Möglichkeit darstellt, das Verhalten des Betriebsrates auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen, weil dabei inzident die Rechtmäßigkeit der Handlung des Betriebsrates überprüft wird. Dagegen spricht aber in erster Linie, daß der betroffene Arbeitnehmer auf die Ausübung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates mit der Geltendmachung von Schadenersatz keinen direkten Einfluß nehmen kann, da die Rechtsfolge des Schadenersatzanspruches nur Geld ist. Außerdem richtet sich der Schadenersatzanspruch auch nur nach der Höhe des entstandenen Schadens, weshalb die Gefahr besteht, daß der Betriebsrat trotz einer - eventuell nur sehr geringen - Schadenersatzverpflichtung gegen einzelne Arbeitnehmer dennoch seine rechtswidrigen Interessen durchsetzen kann. Diese Möglichkeit wäre durch ein eigenes Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers ausgeschlossen.

1 vgl. dazu etwa die Rechtsprechung des BGH zu der Frage der Parteifähigkeit der Gewerkschaften als eine der größten Personenvereinigungen der Welt nach § 50 ZPO (BGHZ 42, S. 210; fortgesetzt in AP Nr. 1 zu § 50 ZPO; ebenso BAG in AP Nr. 14 zu Art. 9 GG; einschränkend dagegen BGH in DB 1972, S. 928). Der BGH gab den Gewerkschaften entgegen § 50 ZPO aus rechtspolitischen Gründen auch die Aktivlegitimation, ohne den für solche Fälle an sich von der Verfassung vorgeschriebenen Weg des Art. 100 GG auch nur zu erwähnen.

Außerdem zeigen die im ersten Untersuchungsschwerpunkt dargestellten Schwierigkeiten, wie fraglich die Erfolgsaussichten eines solchen Schadensersatzprozesses sein können. Dies gilt vor allem unabhängig davon, ob das Betriebsratshandeln rechtmäßig war oder nicht. Wenn es dem betroffenen Arbeitnehmer beispielsweise nicht gelingt, nachzuweisen, welcher von den Betriebsratsmitgliedern sich rechtswidrig verhalten hat ¹, so ist eine Klage bereits deshalb unbegründet, ohne daß es auf die Rechtmäßigkeit des Handelns des Betriebsrates ankäme.

Die Tatsache, daß der betroffene Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche geltend machen kann, schließt damit eine möglicherweise bestehende Verfassungswidrigkeit nicht aus. Im Folgenden sollen daher das Fehlen eines Antragsrechts auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden.

a. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Die Grundrechte verstehen sich zunächst als Abwehrrechte des Bürgers gegenüber staatlichem Handeln ². Die Besonderheit besteht hier darin, daß das staatliche Handeln im Unterlassen der Institutionalisierung eines eigenen Antragsrechtes besteht. Aus dem Verständnis der Grundrechte als objektive Prinzipien einer Wertordnung und aus der Bindung der gesetzgebenden Gewalt an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich aber, daß die Grundrechte nicht nur eine negative Verpflichtung für den Staat beinhalten, Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche zu

1 vgl. bezüglich des unterschiedlichen Informationsstandes der Arbeitnehmer (bei der Kündigung) Höland, Diss., S. 138 f.

2 BVerfGE 7, S. 198

unterlassen, sondern auch eine positive Verpflichtung, alles zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen¹. Verwaltung, Rechtsprechung und insbesondere Gesetzgebung empfangen von dieser objektiven Wertordnung Richtlinien und Impulse für ihre Tätigkeit²; der Gesetzgeber muß damit also auch im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit dafür Sorge tragen, daß, wenn er eine Materie regelt, dies in einer umfassenden und möglichst allen Interessen gerecht werdenden Weise geschieht. Deswegen kann auch die teilweise nicht vorgenommene Regelung einer Materie zu einer Verletzung der Grundrechte führen.

aa) Die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes als geschütztes Rechtsgut

Zu prüfen ist, ob damit in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird, wobei zunächst die Freiheit der Arbeitsplatzwahl beeinträchtigt sein könnte. Freiheit der Arbeitsplatzwahl bedeutet Freiheit zur Aufnahme, Aufgabe und Wechsel des Platzes³, das heißt der Staat darf diese Freiheiten grundsätzlich nicht einschränken. Die Einschränkung erfolgt hier mittelbar dadurch, daß der Arbeitgeber nicht bereit ist, den vom Gesetzgeber vorgesehenen Weg der gerichtlichen Kontrolle einzuschlagen. Diese Entscheidung steht allerdings in seinem Ermessen und entspricht damit der arbeitsrechtlichen Privatautonomie, die auch das Einstellungs- bzw. Auswahlermessen des privaten Arbeitgebers umfasst⁴. Die sich aus Art. 2

1 Hesse in EuGRZ, S. 427 (433)

2 BVerfGE aaO, S. 205

3 Gubelt, RdNr 24 zu Art. 12 GG in Münch, GG-K

4 zu der Frage, ob sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG für privatwirtschaftliche Unternehmen in Zukunft ein Kontrahierungszwang für die Zuweisung von Arbeitslosen ergibt, vergleiche Schwerdtner in ZfA 1977, S. 63 ff

Abs. 1 GG ergebende Vertragsfreiheit verbietet grundsätzlich einen Kontrahierungszwang. Diesem Gedanken des Verfassungsgebers entspricht auch die Regelung der Mitbestimmung als ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates nach § 99 Abs. 2 BetrVG; das Letztentscheidungsrecht bezüglich der personellen Maßnahme verbleibt bei dem Arbeitgeber. Die oben genannten grundrechtlich geschützte Positionen stehen sich also gegenüber. Bei der Frage des Vorrangs ist der rein tatsächliche Vorgang bei einer personellen Einzelmaßnahme zu berücksichtigen: die Bewerbung zu einer Einstellung oder Versetzung beinhaltet notwendigerweise den Wettbewerb in der Nachfrage wie im Angebot um die in Betracht kommenden Arbeitsplätze ¹ und damit auch eine Entscheidung zu Lasten der abgewiesenen Bewerber. Die Disposition über die Arbeitsplätze ergibt sich aus dem marktwirtschaftlichen System. Sie kann zwar in ihrem Ausmaß auf Grund des Sozialstaatsprinzips eine Einschränkung erfahren ²; eine solche ist aber bereits in hinreichender Weise geschehen. Durch die Kontrolle des Betriebsrates nach § 99 BetrVG wird ein willkürliches Handeln des Arbeitgebers verhindert, was sich etwa aus den Zustimmungsverweigerungsgründen des § 99 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 6 BetrVG ergibt. Aus diesem Grund ist auch der von Badura ³ vorgeschlagene Anspruch des Arbeitsplatzbewerbers gegen den potentiellen Arbeitgeber auf eine sachbezogene objektivierte Entscheidung über seine Bewerbung, das ein arbeitsrechtliches Grundrecht darstellen soll, überflüssig. Es läßt sich auch keine Verpflichtung zur Gleichbehandlung aus Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Berufswahl bei der Auswahl durch den Unternehmer herleiten.

1 Scholz in Maunz/Dürig/Herzog RdNr 428 zu Art. 12 GG

2 Badura in Festschrift für Berber, S. 11 (22) sieht wegen der Dispositionsbefugnis des Arbeitgebers einen treuhänderischen Charakter

3 Badura aaO, S. 22

Zur Gleichbehandlung bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst ist gemäß Art. 33 Abs. 2 GG nur der Staat als Arbeitgeber verpflichtet. Eine Übertragung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, also eines Gleichheitsrechtes, auf die privaten Beschäftigungsverhältnisse des Art. 12 GG, also eines Freiheitsrechtes, ist aus den im Zusammenhang mit der Privatautonomie genannten Gründen abzulehnen ¹.

Art. 33 Abs. 2 GG gibt dem Bewerber ein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat, das zumindest das Recht zur Bewerbung beinhaltet, darüber hinaus aber auch ein Recht auf sachgerechte Beurteilung der Bewerbung unter dem Gesichtspunkt des gleichen Zugangs bei fachlicher Eignung ². Sinn dieser Verpflichtung des Staates ist es, eine gerechte Verteilung der Arbeitsplätze zu erreichen, in denen der Staat eine Monopolstellung innehat, und die nicht in den Bereich der Privatautonomie fallen, weil diese Tätigkeiten in erster Linie dem Staat vorbehalten sind. Zwar ist auch eine privatwirtschaftliche Monopolstellung praktisch denkbar, was zu einer Einschränkung des Einstellungs- und Auswahlermessens führen könnte ³. Die Grundlage für diese Rechtfertigung findet sich im Sozialstaatsprinzip, die Rechtsfolge könnte aber Schadenser-satzansprüche und nicht auf Einstellung gerichtete Erfüllungsansprüche sein ⁴. Dieser Gedanke findet sich auch in § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wieder. Dort führt die Verletzung der Aufklärungspflicht ebenfalls zu Schadenser-satzansprüchen. Es ist zwar einzuräumen, daß eine Tendenz

1 vgl. dazu Scholz in Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr 56 zu Art. 12 GG

2 Matthey, Rdnr 25 zu Art. 33 GG in von Münch, GG-K. Das Recht auf sachgerechte Beurteilung ist umstritten. Zum Meinungsstand vgl. Matthey aaO m.w.N.

3 Otto, Personale Freiheit ..., S. 139 ff

4 Scholz in Maunz/Dürig/Herzog Rdnr 57 zu Art. 12 GG

erkennbar ist, der Abschlußfreiheit des Arbeitgebers Grenzen zu setzen und damit einen Einstellungsanspruch zu bejahen ¹.

Ein solcher Anspruch ist selbst im BetrVG nur in § 78 a normiert. Aber auch bei gesetzlichen Regelungen solcher Ansprüche in anderen Gesetzen (z. B. §§ 27, 26 II GWB), stellen Rechtsprechung und Wissenschaft strenge Anforderungen an die Voraussetzungen und deren Nachweis ².

Daraus ergibt sich, daß ein auf Einstellung gerichteter Anspruch wenn überhaupt nur in sehr engen Ausnahmefällen in Betracht kommt ³.

An der Beurteilung kann sich wegen des Umstandes, daß sich zu dem Zeitpunkt, in dem der Betriebsrat der personellen Maßnahme widerspricht, eine gewisse über die Bewerbung hinausgehende Annäherung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vollzogen hat, nichts ändern. Auch die Entscheidung des Arbeitgebers, nicht gegen den Betriebsrat vorzugehen, gehört in den Bereich der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie.

Eine Verletzung des in Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtes der Berufswahlfreiheit ist durch die unterlassene Regelung eines eigenen Antragsrechtes des Betroffenen damit nicht gegeben. Die unterlassene Regelung stellt aber einen Umstand dar, der bei der Prüfung des Art. 19 Abs. 4 GG relevant werden kann.

1 Otto, aaO, S. 13 ff (55); vgl. auch Hanau in Festschrift für Kahn-Freund S. 457 (464 ff)

2 Otto, aaO, S. 14

3 vgl. auch Löwisch/Röder in Anmerkung II. 3. zu dem Urteil des BAG vom 2. Juli 1980 in EzA Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972

bb) Das Recht auf einen Arbeitsplatz bzw. dessen Beschaffung als geschütztes Rechtsgut

Es könnte weiterhin ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen, wenn dieser auch ein Recht auf einen Arbeitsplatz oder auf die Beschaffung eines solchen beinhaltet. Das Recht auf einen Arbeitsplatz oder auf Beschaffung ist ausdrücklich in Art. 12 GG - im Gegensatz zu einigen Landesverfassungen, etwa in Art. 28 Abs. 2 Hess. Verf., Art. 49 Brem. Verf. oder Art. 53 Abs. 2 Rh-Pf. Verf. - nicht erwähnt. Zumindest läßt sich jedenfalls aus dem Sozialstaatsprinzip eine aktive staatliche Vollbeschäftigungspolitik durch die Ausschöpfung aller verfassungsrechtlich möglichen Mittel herleiten, weil dies zu den essentiellen Ordnungsanliegen der Sozialstaatlichkeit gehört ¹. Das Recht auf Arbeit aus Art. 12 Abs. 1 GG wird zwar grundsätzlich erwogen, überwiegend aber abgelehnt. Ansatzpunkt der Befürworter ist Art. 163 Abs. 2 Satz 2 WRW ²; danach sollte jedem Deutschen die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Art. 163 Abs. 2 Satz 2 WRV enthielt eine dem heutigen Sozialstaatsprinzip vergleichbare Verpflichtung des Staates zur Gewährung von Unterhalt für Arbeitslose. Aus der Verbindung von Sozialstaatlichkeit, Berufswahlfreiheit und Menschenwürde, als den obersten Konstitutionsprinzipien unserer Staatsgrundordnung, ergebe sich auch heute ein Recht auf Arbeit, da es zu dem materiell hinzukommenden immateriellen Existenzminimum zähle ³. Die sich aus der Natur des Menschen ergebende Menschenwürde stehe nicht nur als Begriff im Raum, sondern enthalte das Recht zu einem Dasein in würdiger Existenz ⁴.

1 ders. aaO, Rdnr 45; vgl. auch § 1 StabG und Teil II Art. 1 der Europäischen Sozialcharta

2 RGBI 1919 II, S. 1383 ff

3 Achterberg in JZ 1975, S. 713 (720)

4 ders., aaO

Dieses Ergebnis wird von Achterberg selbst dadurch eingeschränkt, indem er aus dieser Argumentation zumindest die Chance auf Arbeit herleiten will. Eine solche Chance ist natürlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Das Ergebnis wird weiter eingeschränkt, da der Staat an die Vorgaben des Haushalts gebunden ist. Damit wird von Achterberg selbst die Verbindung zu der Frage hergestellt, ob die Grundrechte - insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG - Leistungsrechte gegen den Staat darstellen. Nach dem sogenannten Numerus-clausus Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1972 ¹ können aber die Grundrechte nur als Teilhaberechte verstanden werden. Der Bürger hat gegen den Staat nur einen Anspruch auf gerechte Verteilung der vorhandenen Einrichtungen. Es erscheint aber auch schon fraglich, ob sich diese Teilhabelehre auf ein Recht auf Arbeit übertragen läßt. In den Bereichen, in denen der Staat als Arbeitgeber auftritt, ist er bereits durch Art. 33 Abs. 2 GG zu einer gerechten Verteilung angehalten. Darüber hinaus ergibt sich eine verfassungsmäßige Verpflichtung zur Einwirkung auf den privaten Arbeitgeber nur im Rahmen des Sozialstaatsprinzips, etwa durch den besonderen Schutz von Müttern, Auszubildenden oder Schwerbehinderten.

Mit der Anerkennung eines sich aus der Gewerbefreiheit ergebenden marktwirtschaftlichen Systems, das gerade in der Garantie der Freiheit der Berufswahl auch zum Ausdruck kommt, läßt sich ein verfassungsmäßiges Recht auf Arbeit nicht vereinbaren. Dies ist der Nachteil, genauer das Risiko, dieser Wirtschaftsordnung.

Aus diesen Gründen muß auch ein sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebender Anspruch auf dauernde Beschäftigung in dem

1 BVerfGE 33, S. 203

erwählten Beruf verneint werden. Dies läßt sich mit dem System des freien Wettbewerbs und der freien Wirtschaft nicht vereinbaren¹. Auch hier ist durch das Kündigungsschutzgesetz eine dem Art. 20 Abs. 1 GG entsprechende Verminderung von Nachteilen geschaffen worden; eine darüber hinaus gehende Verpflichtung besteht aber nicht. Dieses Ergebnis, also weder ein verfassungsmäßiges Recht auf Arbeit noch auf dauernde Beschäftigung, ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG; denn dieser gewährt nur ein Wahlrecht, aber keine andere Berechtigung.

Auch Richardi² will die Anerkennung eines Rechtes auf Arbeit nicht als ein subjektives Recht, wie es am Modell des Eigentums entwickelt wurde, sondern als gesellschaftsordnenden Auftrag verstanden wissen. Es wird dabei auf den Wortlaut des Teil II Art. 1 Nr. 2 der Europäischen Sozialcharta verwiesen, der einen Ordnungsauftrag enthält. Unabhängig davon, ob die Bezeichnung "Recht auf Arbeit" dann gebraucht werden sollte, wenn man diesem Recht eine subjektive Qualität nicht zuerkennt, versteht es auch Richardi nicht als eine Verpflichtung des Staates, dem Einzelnen Arbeit bzw. dauernde Beschäftigung zu verschaffen. Das Grundgesetz beinhaltet also kein Recht auf Arbeit oder Beschäftigung, so daß der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht betroffen ist. Die Landesverfassungen, die ein solches Recht enthalten, können deswegen auch nur als Programmsätze und damit als *leges imperfecta* verstanden werden; ansonsten wären diese wegen des Vorrangs des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG verfassungswidrig.

1 BAGE 16, S. 134 (139)

2 Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 32; ders. geht in Dietz-Richardi RdNr 223 zu § 99 BetrVG davon aus, daß eine objektive Zulassungsvoraussetzung durch das Mitbestimmungsrecht vorliege, deren Legitimation dann überschritten sei, wenn der Betriebsrat grundlos die Zustimmung verweigert. Dabei wird verkannt, daß diese "objektive Zulassungsvoraussetzung" nicht absolut sondern nur für diese eine personelle Maßnahme vorliegt.

b. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Nach Art. 19 Abs. 4 GG ist jedem der Rechtsweg eröffnet, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Er beinhaltet das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes¹ und soll einen Schutz davor bieten, daß der Einzelne zum Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt wird. Art. 19 Abs. 4 GG wird durch Art. 103 Abs. 1 GG ergänzt, wonach vor Gericht jedermann einen Anspruch auf rechtliches Gehör hat.

Dieser Artikel des GG ist neben Art. 12 Abs. 1 GG eine der wichtigsten des Grundgesetzes überhaupt²; er ermöglicht die verfahrensrechtliche Durchsetzbarkeit von Individualrechten.

aa) Die Verletzung eigener Rechte

Voraussetzung des Art. 19 Abs. 4 GG ist die Verletzung eigener Rechte des von der Verweigerung des Betriebsrates zu der personellen Einzelmaßnahme Betroffenen, dem ein Rechtsweg dagegen nicht zur Verfügung steht. Die Verletzung eigener Rechte muß aber nur möglich sein; ob sie tatsächlich vorliegt, ist Teil der materiellen Prüfung.

Die fehlende Möglichkeit, eine gerichtliche Überprüfung zu erreichen, greift nicht in grundrechtlich geschützte Posi-

1 BGHZ 10, S. 295 (297)

2 Nach BVerfGE 40, S. 237 (251) kann der hohe Rang, welcher der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG zukommt, kaum überschätzt werden; Scholz in Maunz/Dürig/Herzog RdNr 2 zu Art. 19 Abs. 4 GG spricht von einem Grundrechtscharakter des Art. 19 Abs. 4 GG; zu den anderen der Bedeutung der Vorschrift gerecht zu werden versuchenden Bezeichnungen vgl. Scholz aaO

tionen des Arbeitnehmers ein. " Rechte " im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sind aber nicht nur Grundrechte, sondern auch andere Rechte. Das ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Absätze 1 bis 3 und des Absatzes 4 des Art. 19 GG ¹. In den Absätzen 1 bis 3 spricht der Gesetzgeber über die Art und Weise der Einschränkung von Grundrechten, dem Wesensgehalt der Grundrechte, sowie der Geltung der Grundrechte für inländische juristische Personen. Dagegen verlangt Absatz 4 - in deutlicher Unterscheidung zu den Absätzen 1 bis 3 - " nur " die Verletzung von Rechten und nicht von Grundrechten. Ausreichend für einen Eingriff in die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist also bereits die (mögliche) Verletzung einfachen Rechtes, wenn dieses den Betroffenen schützt, eine Begünstigung für ihn also gewollt ist und sich nicht als bloßer Reflex der Norm darstellt.

Dem einzelnen Arbeitnehmer wird, unter der Voraussetzung, daß der Betriebsrat zu der personellen Einzelmaßnahme die Zustimmung verweigert und der Arbeitgeber das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nicht einleitet, jede effektive Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung über das tatsächliche Vorliegen der Gründe genommen, die den Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 BetrVG zur Zustimmungsverweigerung berechtigen. § 99 BetrVG muß, um zu einem Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG zu gelangen, in Zusammenhang mit dem Beschlußverfahren also auch den Interessen des von der personellen Maßnahme Betroffenen zu dienen bestimmt sein ². Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ist neben der Sicherstellung des Betriebsfriedens auch die Sicherung individueller Rechtspositionen, also

1 Hendrichs Rdnr 44 zu Art. 19 GG in von Münch, GG-K

2 vgl. dazu BVerfGE 13, S. 132 (151); 27, S. 297 (305); 31, S. 33 (39)

diejenigen einzelner Arbeitnehmer. Dies trifft auch für die personelle Mitbestimmung nach § 99 BetrVG zu. Insgesamt sollte durch die Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates in dem BetrVG 1972 die Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers weitgehend verstärkt werden ¹.

Durch die fehlerhafte Ausübung der Mitbestimmung im Bereich des § 99 BetrVG kommt es zu einer Verletzung von absolut geschützten Rechten, die zunächst nur Konsequenzen im Bereich des Schadensersatzes hat. Die Besonderheit liegt hier darin, daß durch die Erweiterung der Rechte des Betriebsrates, der gewissermaßen eine Kontrollfunktion zu Gunsten der Arbeitnehmer wahrnehmen soll, die Reaktionsmöglichkeiten des einzelnen geschmälert werden, ohne daß eine primäre Kontrolle des Kontrollierenden gegeben ist. Dies bedeutet, daß das fehlende Antragsrecht für den Betroffenen zu einer drohenden Beeinträchtigung seiner Rechte führt, daß aber eine Verletzung - z.B. des Rechtes am Arbeitsplatz - erst bei der fehlerhaften Ausübung vorliegt.

Eine Verletzung der Rechte des Betroffenen ist damit möglich.

bb) Die Verletzung als Akt öffentlicher Gewalt

Diese Verletzung muß durch die öffentliche Gewalt geschehen. Handelndes Organ ist die legislative Gewalt durch Rechtsetzung in der Form eines Gesetzes gewesen. Ob diese zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gehört, ist umstritten ². Dies wird von der überwiegenden Meinung

1 vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, 1969, Band 154, Anlage zu Drucksache VI/2729 unter VI (S. 9) mit Hinweis darauf, daß diese Verstärkung sowohl in dem Regierungsentwurf als auch in dem der Opposition enthalten war.

2 vgl. dazu ausführlich Bettermann in AÖR Band 96 (1971), S. 528 (529 ff)

mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 25. Juni 1968 ¹ verneint. Als Begründung dafür wird zunächst angeführt, daß die Gesetze - hier also das BetrVG - Grundlage und nicht Gegenstand der richterlichen Entscheidung sein sollen. Eine Ausnahme davon stelle die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Gesetzen dar. Eine Entscheidung des Verfassungsgerichtes kann der einzelne Bürger aber gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nur bei Verletzung seiner Grundrechte durch die öffentliche Gewalt, aber nicht bei Verletzung einfachen Rechts herbeiführen. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, daß die Entscheidung eines Gerichts in einem Rechtsstreit, bei dem ein Bürger beteiligt ist, nur in Ausnahmefällen - eben bei der Verletzung von Grundrechten - inter omnes Wirkung haben soll.

Durch die fehlerhafte Ausübung der Mitbestimmung wird der Betroffene in einfachem Recht verletzt. Ein gerichtliches Vorgehen unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG kann nur auf dem Rechtsweg der Verfassungsbeschwerde geschehen, der zu einer allgemeinverbindlichen Entscheidung führt. Aus diesem Grund wird die Auffassung vertreten, daß die Rechtsetzung nicht von dem Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG erfaßt sei. Die Nachprüfung staatlicher Gesetze im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit sei vielmehr auf die Fälle der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG beschränkt bzw. abschließend geregelt ².

Gegen diese Argumentation wird von Bettermann eingewendet, daß sich die Differenzierung zwischen den verletzbaren

1 BVerfGE 24, S. 33 (Leitsatz 3; S. 49 ff)

2 BVerfGE aaO; ebenso LVG Rheinland-Pfalz in JZ 1951, S. 372

Rechten - Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG verlangt die Verletzung von Grundrechten, Art. 19 Abs. 4 GG dagegen nur die Verletzung einfachen Rechts - bei den Normenkontrollklagen des Bürgers nicht so stark auswirke, wie beispielsweise bei den Verwaltungsakten ¹. Außerdem werde durch diese Auslegung nur die Rechtsetzung durch die Parlamente, nicht aber alle übrige rechtsetzende Tätigkeit, insbesondere durch Verwaltungsbehörden erfaßt ².

Durch Art. 19 Abs. 4 GG soll ein umfassender und absoluter Individualrechtsschutz gegen Eingriffe des Staates gewährleistet werden. Diesen Schutz gewähren Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 GG gerade nicht, wenn man die rechtsetzende Gewalt nicht zur öffentlichen Gewalt zählt. Bei dieser Auslegung bestehe nach der Auffassung von Dürig vielmehr die Gefahr, daß die "Öffentliche Gewalt" zur Vermeidung gerichtlicher Kontrolle leicht in das Gebiet der Rechtssetzung ausweiche ³. Als weiteres Argument läßt sich außerdem anführen, daß die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erging bevor die 19. Novellierung des Grundgesetzes ⁴ durch Einführung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Verfassungsbeschwerde einführte. Diese kann von jedermann erhoben werden, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt ist. Der verwendete Begriff der öffentlichen Gewalt erfaßt aber unbestritten auch die Gesetzgebung. Damit ist die Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes überholt ⁵, da ein unterschiedlicher Inhalt des Begriffes öffentliche Gewalt innerhalb eines Gesetzes nicht vertretbar ist.

1 so Bettermann in AÖR 96, S. 528 (531)

2 Dürig in Maunz/Dürig/Herzog RdNr 18 zu Art. 19 Abs. 4 GG
3 ders., aaO

4 BGBl 1969, S. 97

5 so Bettermann, aaO, S. 530

Deswegen wird auch die rechtsetzende Gewalt vom Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG erfaßt ¹.

cc) Besonderheiten aus der Tatsache der Mittelbarkeit des Eingriffs

Der Eingriff in die Rechte des betroffenen Arbeitnehmers durch die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit der Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG auf ihr tatsächliches Vorliegen geschieht allerdings erst mittelbar durch die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates und die Nichteinleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens durch den Arbeitgeber. Es liegt also kein unmittelbarer Eingriff durch den Staat vor. Ob ein mittelbarer Eingriff für eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ausreicht, erscheint fraglich. Bei dem heutigen Grundrechtsverständnis ist grundsätzlich ein unmittelbarer Eingriff in die geschützten Rechtspositionen des Bürgers erforderlich. Dies ergibt sich aus Art. 14 Abs. 3 GG, wonach nur bei einer Enteignung und einem enteignungsgleichen Eingriff, also nur bei ziel- und zweckgerichteten unmittelbaren Handlungen durch den Staat, ein Entschädigungsanspruch des Betroffenen besteht. Aus diesem Grund gibt es auch keine allgemeine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung außerhalb gesetzlicher Regelungen (etwa § 53 f LuftVG; § 36 AtomG) ²,

1 in diesem Sinne äußern sich ebenfalls Lerche, DVBl 1954, S. 626 (627); Schenke, Rechtsschutz ..., S. 28 bis 37; Hendrichs, RdNr 42 zu Art. 19, in von Münch, GG-K

2 vgl. dazu auch BGHZ 55, S. 229 (234); 54, S. 332 (336 f)

die sich nur bei Aufgabe des Prinzips der Unmittelbarkeit ergeben könnte. Dies ist aber durch den Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 GG ausgeschlossen. Das Prinzip der Unmittelbarkeit des Eingriffs wird durch Art. 15 GG untermauert.

Fraglich ist, ob diese Überlegungen auch auf Art. 19 Abs. 4 GG übertragen werden können. Zwar ist die Rechtsweggarantie kein klassisches Grundrecht im Sinne eines Abwehrrechtes des Bürgers gegenüber dem Staat. Trotzdem wird der Vorschrift hoher Verfassungsrang eingeräumt, so daß eigentlich auch hier die Unmittelbarkeit des Eingriffs gegeben sein müßte. Allerdings zeige die Tatsache, daß nicht nur die Verletzungen von Grundrechten, sondern auch die Verletzung einfachen Rechts der Rechtsweggarantie unterliege, daß ein verfahrensrechtlich lückenloser, umfassender Individualrechtsschutz gewollt sei ¹.

Dies ist aber nur dann zu erreichen, wenn auch mittelbare Eingriffe, die durch die Unvollkommenheit eines Gesetzes überhaupt erst möglich werden, von der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG erfaßt werden. Aus diesem Grund wird

1 Dürig in Maunz/Dürig/Herzog RdNr 1 zu Art. 19 Abs. 4 GG

auch die Ansicht vertreten, daß Art. 19 Abs. 4 GG stets im Sinne einer möglichst weitgehenden Verwirklichung des Rechtsschutzgedankens, im Zweifel also extensiv, auszu-
legen sei ¹.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG sind damit erfüllt. Die Rechtsfolge, Eröffnung des Rechtswegs, tritt für den von der Ausübung der Mitbestimmung negativ betroffenen Arbeitnehmer im Bereich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens nicht ein. Die Eröffnung des Rechtswegs bedeutet nach der herrschenden Meinung zwar nicht die Gewährung eines Instanzenzuges ², zumindest aber eine einmalige gerichtliche Überprüfung. Eine Diskussion darüber, ob die Rechtsweggarantie bei dem Vorliegen besonderer Fälle (erörtert wird dies für die rechtswegfreien Hoheitsakte, die Anfechtung kirchlicher und steuerlicher Verwaltungsakte und für Fälle aus Gewaltverhältnissen ³), einer Einschränkung bedarf, obwohl der Rechtsweg - zumindest nach dem Wortlaut - ohne Ausnahme offensteht, bedarf es hier nicht, da das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nicht darunter fällt.

-
- 1 so Hesse, Der Rechtsschutz ..., S. 89; von Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. 7 (S. 569); vgl. ebenso Werner in JZ 1955, S. 349 zur Frage, ob sich aus Art. 19 Abs. 4 GG eine zwingende Rechtsmittelbelehrung herleiten läßt.
- 2 von Mangoldt-Klein, aaO Anm. VII 5 (S. 574) m.w.N.; Dürig in Maunz/Dürig/Herzog Rdnr 45 zu Art. 19 Abs. 4 GG
- 3 vgl. dazu Dürig aaO, Rdnr 23 ff zu Art. 19 Abs. 4 GG; Hendrichs, Rdnr 45 ff zu Art. 19, in: von Münch, GG-K; von Mangoldt-Klein, aaO, Anm. VII 6 (S. 574 ff)

dd) Zusammenfassendes Ergebnis

Damit ergibt sich aus der Untersuchung das Ergebnis, daß die fehlende Möglichkeit, durch den Betroffenen in irgendeiner Weise das zur Überprüfung vorgesehene arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einzuleiten oder auf andere Weise eine gerichtliche Kontrolle durchführen zu lassen, wegen Verstoßes gegen das Gebot des effektiven und umfassenden Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG verfassungswidrig ist.

c) Verstoß gegen das Übermaßverbot

Zuletzt könnte die für den Betroffenen nicht mögliche Einleitung der gerichtlichen Überprüfbarkeit gegen das Übermaßverbot verstoßen, das sich als "überprüfende Leitregel allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip" ¹, das in Art. 20 GG enthalten ist, ergibt, obwohl es dort keine ausdrückliche Erwähnung findet ².

Eine inzwischen aufgegebene Ansicht leitet das Übermaßverbot aus der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG her ³. Einigkeit besteht jedenfalls insoweit als ihm Verfassungsrang zukommt ⁴. Das Übermaßverbot beinhaltet den Grundsatz, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre nur

1 so BVerfGE 6, S. 389 (439); 23, S. 127 (133); 38 S. 348 (368)

2 Schnapp, RdNr 21 zu Art. 20, in: von Münch, GG-K

3 Nachweis bei Herzog in Maunz/Dürig/Herzog
RdNr VII/72 zu Art. 20; BGHSt 4, S. 375 (377)

4 BVerfGE 19, S. 342 (348 f)

dann und insoweit zulässig sind, als sie zum Schutz öffentlicher Interessen unerläßlich sind; die gewählten Mittel müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen ¹. Das bedeutet, daß der Eingriff zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles geeignet, aber auch erforderlich sein muß, d.h. daß das Ziel nicht auf eine den Einzelnen weniger belastende Weise ebensogut erreicht werden kann ².

Daraus ergeben sich die einzelnen Elemente des Rechtsstaatsbegriffs, zu denen neben der Gewaltenteilung, der Verhinderung von Machtmißbrauch, die Gewährung der Grundrechte, die Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt, die Meßbarkeit und Vorausberechenbarkeit staatlichen Handelns, der Grundsatz nulla poena sine lege auch der Rechtsschutz des Einzelnen - insbesondere bei Verletzung der Rechte durch die öffentliche Gewalt - gehört ³. Das bedeutet, daß bei dem festgestellten Verstoß gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch ein Verstoß gegen das sich aus der Verfassung ergebende Übermaßverbot vorliegt. Denn auch dann liegt ein Eingriff in das Wesen der Rechtsweggarantie vor.

1 BVerfGE 35, S. 382 (401)

2 BVerfGE 38, S. 281 (302)

3 vgl. ausführlich zu den einzelnen Elementen des Rechtsstaatsbegriffs Maunz, Staatsrecht, § 10 I a h (S. 74 f)

III. Stellung des Arbeitnehmers im eingeleiteten Verfahren vor der Einigungsstelle

Verschiedentlich wird von dem BetrVG bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebspartnern über die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates und deren Inhalt ein Verfahren vor der Einigungsstelle vorgeschrieben. Dieses Verfahren ist in allen Bereichen der Mitbestimmung vorgesehen. (vgl. etwa §§ 87 Abs. 2 Satz 1, 91 Satz 2, BetrVG für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, §§ 94 Abs. 1 Satz 2, 95 Abs. 1 Satz 2, 98 Abs. 4 Satz 1 BetrVG für die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten und §§ 109 Satz 1, 112 Abs. 4 Satz 1 BetrVG für die Mitbestimmung im wirtschaftlichen Bereich). Dabei ersetzt jeweils der Spruch der Einigungsstelle die fehlende Einigung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat.

Während das Verfahren vor der Einigungsstelle durch § 76 BetrVG 1972 im Gegensatz zu den knappen Regelungen des § 50 BetrVG 1952 ¹ umfangreicher ausgestaltet ist, so bedürfen trotzdem verschiedene Fragen der Klärung. Hier sind Eingriffe in Rechte des Arbeitnehmers durch fehlerhaftes Handeln des Betriebsrates denkbar, bevor es zum Verfahren vor der Einigungsstelle kommt. Denn es werden z. B. im Bereich des § 87 BetrVG Tatbestände geregelt, die auch Einzelfälle und nicht nur Kollektivmaßnahmen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates und damit dem Spruch der Einigungsstelle unterstellen (z.B.: § 87 Abs. 1 Nr. 5 oder Nr. 9 BetrVG). Aber auch außerhalb der Mitbestimmung im sozialen Bereich fällt die Regelung von Einzelmaßnahmen in die Zuständigkeit der Einigungsstelle, so etwa die Auswahl der einzelnen Teilnehmer an Berufsbildungsmaßnahmen nach § 98 Abs. 4 BetrVG

1 BGBI 1952 I, S. 381 (387)

oder bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung zu einer Kündigung nach § 102 Abs. 6 BetrVG. Außerdem ist zu beachten, daß die Mitglieder der Einigungsstelle zu gleicher Anzahl von Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden (§ 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) und der unparteiische Vorsitzende (das BetrVG scheint damit offensichtlich davon auszugehen, daß die anderen Beisitzer nicht unparteiisch sind) bei der ersten Abstimmung kein Stimmrecht hat (§ 76 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Im Folgenden soll daher geklärt werden, ob und welche Rechte der einzelne Arbeitnehmer in dem eingeleiteten Verfahren vor der Einigungsstelle hat.

1. Rechtsnatur der Einigungsstelle

Es herrscht bereits über die Rechtsnatur der Einigungsstelle bzw. über das Verfahren ein Meinungsstreit.

a) Die Einigungsstelle als ein Gericht

Teilweise wird die Ansicht vertreten, daß die Einigungsstelle ein Gericht sei. Folgt man dieser Meinung, so ist das Verfahren vor der Einigungsstelle mit dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren vergleichbar und die dort erarbeiteten Ergebnisse übertragbar. Begründen läßt sich diese Ansicht damit, daß die Einigungsstelle in der Regel nach § 76 Abs. 5 BetrVG und nur auf Antrag eines Betriebspartners verbindlich entscheidet. Die Verbindlichkeit entspricht einem gerichtlichen Verfahren.

Deswegen wurde - insbesondere bei der Diskussion während der parlamentarischen Beratung des BetrVG 1972 - der Einwand vorgebracht, daß das verbindliche Verfahren vor der Einigungsstelle gegen die Art. 92 und 101 GG verstoße ¹.

1 vgl. etwa Galperin, Das BetrVG 1972, Leitfaden für die Praxis, S. 140; ders., Der Regierungsentwurf ..., S. 50; Krüger, Der Regierungsentwurf ..., S. 38 und 50, die teilweise schwerste Bedenken äußern.

Diese Bedenken und somit auch der Ansatz sind durch die endgültige Fassung des § 76 Abs. 7 BetrVG beseitigt. Danach ist der Rechtsweg durch den Spruch der Einigungsstelle nicht ausgeschlossen. Dies stellt klar, daß das Verfahren vor der Einigungsstelle noch nicht Rechtsweg und damit diese kein Gericht ist. Die Entscheidung steht vielmehr unter dem Vorbehalt richterlicher Rechtskontrolle ¹.

b) Die Einigungsstelle als eine staatliche Stelle

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, daß die Einigungsstelle als staatliche Stelle angesehen werden muß ², da es sich beim gesetzlich vorgesehenen - im Gegensatz zu dem auf Vertrag beruhenden - Schlichten, um eine überbetriebliche, dem Staat obliegende Aufgabe handle. Dabei werde durch die Bestellung des Vorsitzenden durch das Arbeitsgericht die staatliche Regelung deutlich (Konsequenz dieser Ansicht ist, daß der Staat für fehlerhafte Handlungen nach Art. 34 GG, § 839 BGB eintreten muß). Daraus und aus der Verbindlichkeit der Entscheidung folgert Obermayer, daß diese hoheitlichen Charakter habe und der Qualität eines Verwaltungsaktes entspreche. Dabei seien die Mitglieder der Einigungsstelle Belehene ³.

Dieser Auffassung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden: zum einen versteht man unter Beleihung die Tätigkeit einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes in den Funktionsbereich des Staates oder seiner rechtsfähigen Untergliederung einbezogen und mit einer Rechtsstellung ausgestattet

1 Dütz in DB 1972, S. 383 (389)

2 Küchenhoff, RdNr 3 zu § 76 BetrVG

3 Obermayer in DB 1971, S. 1715 (1720)

ist, die sie in die Lage versetzt, Hoheitsgewalt auszuüben¹. Dabei ergeben sich die Rechte und Pflichten aus den jeweiligen Rechtssätzen, aus dem Inhalt der Bestallungsurkunde oder aus dem Vertrag² zwischen Übertragender Behörde und dem Beliehenen. Diese Definition trifft auf die Mitglieder der Einigungsstelle nicht zu. Ein Übertragungsakt des Staates kann allenfalls in der zwangsweisen Bestellung des unparteiischen Vorsitzenden durch das Arbeitsgericht gemäß § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG gesehen werden. Diese Art der Bestellung ist aber die Ausnahme. In der Regel sollen sich die beiden Parteien selbst über die Person des Vorsitzenden einigen (vgl. § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, der von dem Muß der Einigung spricht). Außerdem erfolgt die Bestellung eines Beliehenen nicht durch ein Gericht, sondern durch eine Behörde, weil die Beleihung den Zweck hat, die öffentliche Verwaltung und nicht die Rechtsprechung zu dezentralisieren und zu entlasten.

Folgt man der These, daß der Entscheidung der Einigungsstelle der Charakter eines Verwaltungsaktes zukommt, so müßte diese durch eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage auf dem Verwaltungsrechtsweg gemäß §§ 40 Abs. 1, 42 VwGO angegriffen werden. Alle Streitigkeiten bezüglich der Einigungsstelle, also über Zuständigkeit, Rechtsmäßigkeit des Verfahrens und des Spruches, sowie die Beachtung der Ermessensgrundsätze sind aber solche des BetrVG. Zuständig dafür ist nach § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG das Arbeitsgericht, das im Beschlußverfahren entscheidet³. Diese auf dem Gesetz beruhende Erkenntnis wird durch die ungleich größere Sachkenntnis der Arbeitsgerichte im Vergleich zu den Verwaltungsgerichten unter-

1 Erichsen in Erichsen/Martens, § 11 II 2 (S. 155 f)

2 Wolff/Bachof aaO, § 104 III (S. 455)

3 vgl. dazu Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearbeitung 1982, § 76 Rdnr 108

mauert. Außerdem entscheiden die Verwaltungsgerichte nur bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren ist aber den privatrechtlichen Streitigkeiten zuzuordnen.

Schon aus diesen Gründen kann der Spruch der Einigungsstelle nicht ein Verwaltungsakt darstellen.

Es liegen aber auch andere Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes nicht vor. Der Verwaltungsakt wird von § 35 Satz 1 VwVfG definiert. Er ist dann gegeben, wenn eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und diese auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Es ist zunächst nicht die typische Situation eines Verwaltungsaktes gegeben. Es wird hier nicht darüber entschieden, ob einem Bürger Rechte oder Pflichten zugeordnet werden, sondern es wird zwischen zwei Parteien streitentscheidend eingegriffen. Weiter ist die Grundlage der Entscheidung nicht eine Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes. Das ist nur dann der Fall, wenn das berechnigte oder verpflichtete Zuordnungssubjekt nicht eine beliebige Person, sondern ein Träger hoheitlicher Gewalt ist ¹. Das BetrVG und das sich aus ihm und dem ArbGG ergebende Beschlußverfahren ist aber dem Privatrecht zuzuordnen und berechnigt oder verpflichtet nicht einen Träger hoheitlicher Gewalt. Dies ergibt sich aus dem Fehlen eines weiteren Merkmales des Verwaltungsaktes. Die Einigungsstelle stellt nämlich keine Behörde im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG dar. Eine Behörde ist nach der einschlägigen Definition in den jeweiligen Landesgesetzen (vgl. etwa § 1 Abs. 2 VwVfGNW; § 1 Abs. 2 LVwVfG B-W; § 2 LVwVfG Rh-Pf)

1 vgl. dazu grundlegend Wolff/Bachof I, § 22 II c (S. 99 f); eine umfassende Darstellung findet sich auch bei von Münch in Erichsen/Martens § 2 II 1 (S. 13 ff); Leonhardt in Stelkens/Bonk/Leonhardt Rdnr 16 zu § 1 VwVfG

bzw. der des § 1 Abs. 4 VwVfG des Bundes jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Die Tätigkeit der Einigungsstelle ist nicht die Ausübung vollziehender Gewalt und damit nicht öffentliche Verwaltung. Wenn man die Tätigkeit überhaupt in das Prinzip der Gewaltenteilung einordnen sollte, so muß man sie der rechtsprechenden Gewalt zuordnen. Aus diesen Gründen kann den Argumenten Obermeyers nicht gefolgt werden.

c. Die Einigungsstelle als privatrechtliche Institution

Die Einigungsstelle ist vielmehr als eine privatrechtliche Institution anzusehen. Zwar beruht die Bindungswirkung des Spruchs der Einigungsstelle nicht auf dem Prinzip der Privatautonomie. Das ist aber nicht unbedingt ein Indiz gegen die privatrechtliche Einordnung; denn das Privatrecht beruht insgesamt nicht immer auf dem Prinzip der Privatautonomie und der notwendigen Selbstbestimmung der Betroffenen. Dies zeigt etwa für das Zivilrecht die gesetzliche Vertretung oder die Verwaltung fremder Vermögen, speziell im Arbeitsrecht die bindende Wirkung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung¹. Vielmehr übt eine Einigungsstelle, auch soweit ihr Spruch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, lediglich eine Hilfsfunktion aus, um die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der betrieblichen Ordnung zu gewährleisten. Damit dient sie letztlich der Aufgabe, das Modell der Privatautonomie in der gesellschaftlichen Ordnung zu verwirklichen², wenn die Betriebspartner nicht in der Lage sind, eine Einigung herbeizuführen. Daraus ergibt sich aber, daß die Einigungsstelle nur solche Aufgaben wahrnimmt, die eigentlich Arbeitgeber und Betriebsrat obliegen.

1 vgl. insoweit ausführlich Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982 § 76 Rdnr 53

2 Dietz-Richardi, Rdnr 5 zu § 76 BetrVG

Damit besteht ihre Regelungskompetenz von vorneherein lediglich im Rahmen der den Betriebspartnern selbst vom Gesetz zur gemeinsamen Regelung zugewiesenen Angelegenheit ¹.

Das Verfahren vor der Einigungsstelle ist also dem Privatrecht zuzuordnen, die Einigungsstelle selbst ist als eine privatrechtliche Institution anzusehen ².

2. Das Verfahren vor der Einigungsstelle

Das Verfahren vor der Einigungsstelle wird in den Fällen, in denen der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, durch Antrag eines der Betriebspartner eingeleitet (§ 76 Abs. 5 Satz 1 BetrVG), in dem freiwilligen Verfahren durch Antrag beider Seiten (§ 76 Abs. 6 Satz 1 BetrVG).

Im übrigen enthält das BetrVG über das Verfahren selbst - mit Ausnahme der Beschlußfassung am Ende des Verfahrens (§ 76 Abs. 3 BetrVG) - keine Vorschriften. So ist insbesondere ein Antragsrecht des einzelnen Arbeitnehmers in dem Gesetz nicht genannt und wird auch durchweg nicht erwogen ³. Ob daraus der Schluß einer völligen Freiheit in der Gestaltung des Ver-

1 so zuletzt das BAG in AP Nr. 7 (Blatt 3) zu § 111 BetrVG (Entscheidung vom 22. Januar 1980)

2 in diesem Sinne äußert sich die überwiegende Meinung, vgl. etwa Fitting-Auffahrt-Kaiser Rdnr 3 zu § 76 BetrVG; Galperin-Löwisch Rdnr 5 zu § 76 BetrVG; Dietz-Richardi Rdnr 5 zu § 76 BetrVG; Hueck-Nipperdey (7 II/1), § 42 III (S. 771); Richardi in Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, § 4 IV 2 (S. 43), der darauf hinweist, daß es dem Gesetzgeber freisteht, zur Gestaltung der Privatautonomie noch andere Akktypen zu schaffen, was gerade für das Recht des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung von grundlegender Bedeutung ist.

3 einhellige Ansicht vgl. dazu Pünnel, S. 39 m.w.N.

fahrens gezogen werden kann ¹, erscheint doch fraglich. Vielmehr sind gewisse prozessuale Mindestvoraussetzungen, die bei jedem gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahren beachtet werden müssen, zu wahren. Das ergibt sich zwar nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG, da dieser nur für Verfahren vor Gerichten gilt, aber aus dem Wesen des Einigungsverfahrens, das ohne die Parteien, die sich einigen sollen, nicht denkbar ist ².

a) Die Beteiligtenstellung des betroffenen Arbeitnehmers im Verfahren vor der Einigungsstelle

Zu diesen Mindestvoraussetzungen gehört zunächst die Gewährung von rechtlichem Gehör ³, das den Beteiligten einzuräumen ist. Beteiligte in dem Verfahren vor der Einigungsstelle sind Antragssteller und Antragsgegner, also die Betriebspartner ⁴. Für den betroffenen Arbeitnehmer besteht keine Möglichkeit, das Verfahren vor der Einigungsstelle einzuleiten.

b) Anhörungsrecht des betroffenen Arbeitnehmers

Daneben besteht die Frage, ob der Arbeitnehmer wenigstens ein

1 so Dietz-Richardi (5.Aufl.) Rdnr 26 zu § 76 BetrVG

2 Nikisch III, § 110 4 Fußnote 29 (S. 327); Dütz in AuR 1973, S. 353 (363) schlägt die sinngemäße Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen vor, wenn es sich um allgemeine, über das gerichtliche Verfahren hinaus geltende Verfahrensgrundsätze handelt.

3 so Pünnel, S. 37 unter Hinweis darauf, daß sich nur aus der eingehenden Anhörung der Verfahrensbeteiligten die Basis für eine gütliche Einigung ergibt, auf die die Einigungsstelle in jeder Lage des Verfahrens hinwirken sollte, was sich bereits aus ihrem Namen ergebe.

4 Dietz-Richardi, Rdnr 74 zu § 76 BetrVG, womit die völlige Gestaltungsfreiheit eingeschränkt wird; Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 76 BetrVG Rdnr 67

dem § 83 Abs. 3 ArbGG vergleichbares Anhörungsrecht in dem Verfahren vor der Einigungsstelle hat, er also vor der Einigungsstelle angehört werden muß. So leitet z. B. Löwisch dieses Recht - soweit über die Rechtsansprüche des einzelnen Arbeitnehmers verhandelt wird - aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ab ¹.

Die Frage der Anhörung einzelner betroffener Arbeitnehmer ist unklar. Thiele ² scheint von einem über den Kreis der Beteiligten hinausgehenden Anhörungsrecht auszugehen, da er das rechtliche Gehör " insbesondere " dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat gewährt, es aber unterläßt zu sagen, wem dies seiner Ansicht nach ebenfalls zukommt.

Eine Lösung für die Frage der Anhörungsberechtigung des betroffenen Arbeitnehmers könnte sich aus einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze ergeben, die das Bundesarbeitsgericht für das Beschlußverfahren aufgestellt hat ³. Danach ist der einzelne Arbeitnehmer dann am Beschlußverfahren beteiligt, wenn es sich um seine Stellung als Mitglied der Belegschaft, d.h. innerhalb der Betriebsverfassung, handelt. Eine Übertragung dieses Grundsatzes im Rahmen einer Analogie setzt allerdings voraus, daß das Verfahren vor der Einigungsstelle und das Beschlußverfahren vergleichbar sind. Zweck des Beschlußverfahrens ist sowohl die Sicherung bzw. Wiederherstellung des Betriebsfriedens und der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung als auch die Realisierung subjektiver Rechte ⁴. Zweck des Einigungsverfahrens ist es zunächst auch Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat beizulegen ⁵. Dabei übt die Einigungsstelle le-

1 Löwisch in DB 1972, S. 2304 (2306), Fußnote 22; offengelassen von Hanau in RdA 1973, S. 281 (288)

2 Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb., 1982, § 76 Rdnr. 71

3 BAGE 2, S. 97 Leitsatz 1 meint die Beteiligung im weiteren Sinne, also die Anhörungsberechtigung nach § 83 Abs. 3 ArbGG

4 vgl. dazu oben S. 180 ff

5 Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 76 Rdnr 5 Fitting-Auffahrt-Kaiser Rdnr 3 zu § 76 BetrVG; BAG in AP Nr. 7 (3) zu § 111 BetrVG 1972

diglich Hilfs- und Ersatzfunktionen für die Betriebspartner aus¹.

Entscheidend für die Frage der Anhörungsberechtigung des betroffenen Arbeitnehmers ist, ob das Verfahren auch der Realisierung subjektiver Rechte dient. Dies ist im Ergebnis zu verneinen: das ergibt sich zunächst aus einer Indizwirkung des § 83 Abs. 3 ArbGG und § 103 Abs.2 Satz 2 BetrVG, wonach dem Arbeitnehmer im Beschlußverfahren eine - wenn auch umstrittene - Beteiligtenstellung eingeräumt wird. Obwohl beide Verfahren entweder durch Antrag des Arbeitgebers oder beider Betriebspartner eingeleitet werden, fehlt dem Verfahren vor der Einigungsstelle eine vergleichbare Regelung. Das läßt sich nur damit erklären, daß das Verfahren vor der Einigungsstelle nicht dem subjektiven Rechtsschutz dient. Im Bereich des § 76 BetrVG ist im Abs. 5 Satz 3 nur geregelt, daß die Einigungsstelle bei ihren Beschlüssen unter anderem auch die Belange der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen zu berücksichtigen hat. Eine Ermessensüberschreitung kann gemäß § 76 Abs.5 Satz 4 BetrVG nur von dem Arbeitgeber oder dem Betriebsrat, nicht aber von dem betroffenen Arbeitnehmer gerichtlich geltend gemacht werden; dies untermauert den fehlenden Individualschutz. Gegen einen subjektiven Rechtsschutz spricht weiterhin die Tatsache, daß die Entscheidung der Einigungsstelle die Willensbildung der Betriebspartner ersetzt, weshalb die Rechtslage nicht anders ist, als wenn sie sich freiwillig geeinigt hätten². Zwar wird auch im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren die nicht erfolgte Einigung durch den Beschluß ersetzt. Die unterschiedlichen Wege, die Einigung durch verschiedene dritte Stellen herbeiführen zu lassen, obwohl alle Meinungsverschiedenheiten aus den Mitwirkungsrechten des Betriebsrates resultieren, läßt sich nur dadurch erklären, daß bei den Streitigkeiten,

1 BAG, aaO

2 Fitting-Auffahrt-Kaiser, Rdnr 34 zu § 76 BetrVG

über die das Arbeitsgericht im Wege des Beschlußverfahrens entscheidet (z.B.: bei den personellen Maßnahmen nach § 99 Abs. 4 oder § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG), primär individuelle Rechte betroffen sind. Dagegen werden in den Verfahren vor der Einigungsstelle solche Meinungsverschiedenheiten entschieden (in erster Linie soziale oder wirtschaftliche Angelegenheiten, vgl. z. B. §§ 87 Abs. 2 oder 112 Abs. 4 Satz 1 BetrVG), bei denen die Rechte des Einzelnen nur im Rahmen des Kollektivs betroffen sind, in erster Linie also über die Angelegenheiten der Arbeitnehmerschaft als Ganzes. Sollten ausnahmsweise primär individuelle Rechtspositionen durch die Entscheidung der Einigungsstelle betroffen werden, wobei als Beispiele §§ 87 Abs. 1 Nr. 5, 9 und 85 Abs. 2 BetrVG angeführt werden ¹, so kann der einzelne Arbeitnehmer diese Rechte im Urteilsverfahren vor dem Arbeitsgericht oder im Falle des § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG bei der Kündigung von Wohnraum vor dem ordentlichen Gericht geltend machen. Das ergibt sich aus § 76 Abs. 7 BetrVG, wonach ein nach anderen Vorschriften gegebener Rechtsweg durch den Spruch der Einigungsstelle nicht ausgeschlossen wird ². Er ist aber in keinem Fall von dem Gesetz einer irgendwie gear- teten Beteiligung in dem Verfahren vor der Einigungsstelle vorgesehen.

Damit dient dieses Verfahren nicht der Realisierung subjektiver Rechte, womit eine analoge Anwendung der Grundsätze über die Beteiligtenstellung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren wegen des Fehlens einer vergleichbaren Interessenlage ausscheidet. Dem betroffenen Arbeitnehmer steht damit auch ein dem § 83 Abs. 3 ArbGG entsprechendes Anhörungsrecht in dem eingeleiteten Verfahren vor der Einigungsstelle nicht zu.

1 vgl. dazu Galperin/Löwisch Rdnr 41 zu § 76; Fitting-Auffahrt-Kaiser, aaO; Dietz-Richardi, Rdnr 57 zu § 76

2 allgemein zu den Rechtsmitteln gegen die Sprüche der Einigungsstelle, vgl. Dütz, Die gerichtliche Überprüfung ..., S. 80 ff

IV. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers bei nicht eingeleitetem Verfahren vor der Einigungsstelle

Arbeitgeber und Betriebsrat haben die Möglichkeit bei nicht erfolgter Einigung das Verfahren vor der Einigungsstelle durch ihren Antrag einzuleiten und damit den jeweils anderen Betriebspartner der verbindlichen Entscheidung der Einigungsstelle zu unterwerfen¹. Es stellt sich - wie bei dem Beschlußverfahren die Frage, ob der einzelne betroffene Arbeitnehmer selbst die Möglichkeit hat, das Verfahren vor der Einigungsstelle einzuleiten. Auch hier könnte sich diese Möglichkeit aus einem Antragsrecht oder einem Anspruch gegen einen der Betriebspartner herleiten lassen.

1. Eigenes Antragsrecht des Arbeitnehmers

Ein eigenes Antragsrecht steht dem Arbeitnehmer nach der gesetzlichen Regelung des Verfahrens vor der Einigungsstelle durch § 76 BetrVG nicht zu. Soweit ersichtlich, wird ein solches auch von keiner Seite vertreten. Dies läßt sich durch mehrere Argumente begründen: Zunächst ist danach zu differenzieren, ob der Widerspruch einer der Betriebspartner zu einer begünstigenden Maßnahme ein primär individuelles Recht (vgl. etwa § 87 Abs. 1 Nr. 5 und 9 BetrVG) oder ein solches betrifft, das den Arbeitnehmer nur als Mitglied der Belegschaft begünstigt. Im Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG hat der Ar-

1 vgl. zu dem Umfang der Angelegenheiten, in denen die Einigungsstelle verbindlich entscheidet, Gnade in ArbUR 1973, S. 43 (45)

beitnehmer die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Urlaub nach den Vorschriften und Voraussetzungen des BUrlG gerichtlich geltend zu machen oder im Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG die Rechtmäßigkeit der Kündigung seiner Wohnung auf das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 565 b ff BGB überprüfen zu lassen. Dies sind Rechtswege, deren Beschreiten durch § 76 Abs. 7 BetrVG ausdrücklich garantiert wird. Insoweit fehlt dem Arbeitnehmer das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für ein Vorgehen in dem Verfahren vor der Einigungsstelle, egal welcher Betriebspartner mit der begünstigenden Maßnahme nicht einverstanden ist ¹.

Im Gegensatz dazu ist bei den " Kollektivrechten " (der Schwerpunkt liegt hier im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG) ein vergleichbarer Rechtsweg nicht gegeben, so daß es zumindest nicht am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Allerdings stellen die verbleibenden mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen keine Rechts-, sondern Regelungstatbestände dar. Der einzelne Arbeitnehmer hat aber allenfalls Rechts-, jedoch keine Regelungsansprüche ². Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem dem Verfahren vor der Einigungsstelle fremden individuellen Schutz. Eng damit verbunden ist die Tatsache, daß der Arbeitnehmer - im Gegensatz zu dem Beschlußverfah-

1 nur insoweit kann Hanau in RdA 1973, S. 281 (288) bezüglich des Ausschlusses eines eigenen Antragsrechtes wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses gefolgt werden.

2 ders., aaO, S. 289, der den Arbeitnehmer vielmehr auf die hier nicht vertretene Möglichkeit verweist, den Widerspruch des Betriebsrates in einem Beschlußverfahren anzufechten. Dies widerspricht dem Wortlaut des § 77 Abs. 5 Satz 4 BetrVG, wonach ein den Spruch der Einigungsstelle kontrollierendes Beschlußverfahren nur durch einen der Betriebspartner eingeleitet werden kann.

ren - weder Beteiligter ist noch ein Recht auf Anhörung hat. Dann kann er auch nicht ein Antragsrecht haben; denn dies würde zu der merkwürdigen Situation führen, daß er zwar das Verfahren einleiten könnte, in diesem aber keine Rechte genießt.

Aus diesen Gründen scheidet ein eigenes Antragsrecht des Arbeitnehmers zu dem Verfahren vor der Einigungsstelle aus. (Dieses Ergebnis wird auch der Tatsache gerecht, daß der Arbeitnehmer, nach der hier vertretenen Ansicht, kein eigenes Antragsrecht zur Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens hat, das einen ungleich größeren Individualschutz beinhaltet.)

2. Ansprüche gegen die Betriebspartner auf Einleitung des Verfahrens vor der Einigungsstelle

Ein solcher Anspruch kommt auch hier allenfalls für die " Kollektivrechte " in Betracht; für die Individualrechte fehlt hier ebenfalls das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Zwar besteht bei einem zu erörternden Anspruch gegen den Betriebsrat hier - im Gegensatz zu dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren - nicht das Problem, daß der Betriebsrat selbst nicht antragsberechtigt ist. Damit besteht also die Möglichkeit, daß der Betriebsrat - falls der Anspruch auf Einleitung gegen ihn besteht - das Verfahren auch tatsächlich, ebenso wie der Arbeitgeber, einleiten kann. Doch auch hier können solche Ansprüche gegen die Betriebspartner im Ergebnis nicht bestehen. In Betracht kommen die gleichen Ansprüche und Argumentationsansätze wie bei der Prüfung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren. Dort wurden die Ansprüche verneint.

Die gleiche Begründung läßt sich auch auf das Einigungsverfahren übertragen. Dabei besteht zusätzlich die Besonderheit, daß das Verfahren vor der Einigungsstelle nicht der Realisierung subjektiver Rechte dient und bei den Kollektivrechten ohnehin nur Regelungstatbestände der Einigung unterliegen.

Für den einzelnen Arbeitnehmer besteht also keine Möglichkeit, in irgendeiner Weise Einfluß auf die Einleitung des Einigungsverfahrens zu nehmen.

3. Konsequenzen des gefundenen Ergebnisses

Damit stehen dem einzelnen Arbeitnehmer auch im Verfahren vor der Einigungsstelle keine rechtlichen Reaktionsmittel zur Seite. Auch hier soll diese gesetzliche Regelung im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Es besteht zunächst der Unterschied zu dem Beschlußverfahren, welches sich an eine Zustimmungsverweigerung/Widerspruch in personellen Einzelmaßnahmen anschließt, daß dort die Zustimmungsverweigerung/Widerspruchsgründe und damit der Umfang der Mitwirkungsrechte gesetzlich genau festgelegt ist, während in den anderen Mitwirkungsbereichen weitgehend Freiheit hinsichtlich der Ausübung besteht, bzw. die Grenzen sich aus den allgemeinen Vorschriften des BetrVG ergeben. Deswegen ist der einzelne Arbeitnehmer nicht in dem Maße schutzbedürftig. Es liegt daher auf der Hand, daß die fehlende gesetzliche Kontrollmöglichkeit durch den einzelnen Arbeitnehmer im Bereich des Einigungsverfahrens - ebenso wie bei dem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren - nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. Zwar ist auch ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen durch ein Unterlassen möglich. Der Schutzbereich des Art 12 Abs. 1 GG, ist aber hier, egal welche Rechte man als geschützt ansieht ¹, nicht betroffen.

1 vgl. dazu oben S. 111 ff

a) Verstoß gegen Art 19 Abs. 4 GG

Denkbar ist dagegen ein Verstoß gegen das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG. Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG setzt ebenfalls eine Verletzung eigener Rechte, nicht unbedingt von Grundrechten¹, voraus. Im Bereich der durch die Mitbestimmung betroffenen Individualrechte ist ein Rechtsweg gegeben und damit schon deswegen ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG nicht denkbar. Im Bereich der " Kollektivrechte " ist ein Rechtsweg nicht gegeben. Es liegt allerdings auch keine Verletzung eigener, subjektiver Rechte vor. Die Regelungstatbestände der sozialen und wirtschaftlichen Mitbestimmung treffen bzw. begünstigen den einzelnen Arbeitnehmer nur als Mitglied der Belegschaft. Im Gegensatz dazu trifft die Mitbestimmung im personellen Bereich einen deutlich kleineren Kreis von Arbeitnehmern, der außerdem durch die Vorauswahl des Arbeitgebers bereits individuelle Zuschnitte erlangt. Dies dürfte für den Gesetzgeber die Veranlassung dafür gewesen sein, Streitigkeiten über die Mitbestimmung im personellen Bereich den Arbeitsgerichten im Rahmen eines Beschlußverfahrens zuzuweisen und damit den betroffenen Arbeitnehmern nach § 83 Abs. 3 ArbGG die Stellung von Beteiligten einzuräumen. Für die Streitigkeiten über die Mitbestimmung in den

1 Hendrichs Rdnr 44 zu Art. 19 GG, in: von Münch GG-K

anderen Bereichen schien dies dem Gesetzgeber deswegen nicht erforderlich, weil primär kollektive Belange betroffen werden. Dies wird außerdem durch § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG verdeutlicht, wonach die Entscheidung der Einigungsstelle (unter anderem) die Belange der betroffenen Arbeitnehmer (Plural, also nicht des einzelnen) angemessen berücksichtigen soll.

Daneben ist auch eine Rechtsverletzung nicht gegeben. Denn durch die Regelungstatbestände wird erst die Grundlage zur Schaffung dieser Rechte vorgegeben. Durch den Widerspruch des Betriebsrates gegen eine von dem Arbeitgeber vorgesehene, die Arbeitnehmer begünstigende Maßnahme wird das Entstehen dieser Rechte verhindert, die Belegschaft also nur um eine bloße Hoffnung gebracht. Deswegen wird nicht in bestehende Rechte eingegriffen.

Eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG ist also durch die fehlende Beteiligung des einzelnen Arbeitnehmers in dem Verfahren vor der Einigungsstelle oder die fehlenden Reaktionsmöglichkeiten auf deren Spruch in keinem Fall gegeben, da entweder ein Rechtsweg eröffnet ist oder aber eine Verletzung von Rechten nicht vorliegt.

b) Verstoß gegen das Übermaßverbot

Zu untersuchen bleibt ein Verstoß gegen das Übermaßverbot¹. Da das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes - wie bereits oben festgestellt - Teil des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Übermaßverbotes ist, kann, da das erste nicht verletzt ist, auch eine Verletzung gegen das letzte nicht vorliegen.

¹ vgl. zu den einzelnen Elementen des Übermaßverbotes, S. 128, Fußnote 3.

Das Verfahren vor der Einigungsstelle ist damit in verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Ob es dennoch aus rechtspolitischen Gründen wünschenswert ist, einzelnen Arbeitnehmern im Verfahren vor der Einigungsstelle wenigstens ein Anhörungsrecht einzuräumen, erscheint zweifelhaft. Denn nach dem Gesetz soll es in der Hand des Betriebsrates liegen, ob und wie er das Verfahren bestreitet. Zur Vermeidung von unnötigen Prozessen erscheint dagegen ein Anhörungsrecht für den einzelnen betroffenen Arbeitnehmer in den Fällen, in denen die Einigungsstelle über individuelle Rechtsfragen entscheidet, eine praktische Lösung. Denn hier erscheint die Wahrnehmung der Interessen allein durch den Betriebsrat nicht unbedingt als ausreichend.

V. Zusammenfassendes Ergebnis des zweiten Kapitels:

1. Zweck des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens ist neben der Realisierung subjektiver Rechte auch die Sicherung bzw. Wiederherstellung des Betriebsfriedens sowie der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung.
2. Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren ist der Zivilgerichtsbarkeit zuzuordnen und mit dem streitigen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbar.
3. Der von der Ausübung der Mitbestimmung durch den Betriebsrat negativ betroffene Arbeitnehmer ist im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nicht unmittelbar Beteiligter. Er ist nur Beteiligter im weiteren Sinn und damit anhörungsberechtigt. Gleiches gilt für den Bewerber für eine Einstellung, wenn diese nur an der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates scheitert.
4. Der betroffene Arbeitnehmer hat kein eigenes Antragsrecht zur Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens.
5. Ihm stehen ebenfalls keine Ansprüche gegen den (potentiellen) Arbeitgeber oder den Betriebsrat auf Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens zu.
6. Die fehlende Möglichkeit zur Einleitung einer gerichtlichen Überprüfung über das tatsächliche Vorliegen der Gründe, die den Betriebsrat zu Mitbestimmungshandlungen berechtigen, ist wegen der Verstöße gegen das Gebot des effektiven und umfassenden Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie das Übermaßverbot verfassungswidrig.

7. Das Verfahren vor der Einigungsstelle ist dem Privatrecht zuzuordnen, die Einigungsstelle selbst ist als eine privatrechtliche Institution anzusehen.
8. In dem Verfahren vor der Einigungsstelle ist der betroffene Arbeitnehmer weder Beteiligter noch steht ihm ein Anhörungsrecht zu.
9. Er hat kein eigenes Antragsrecht zur Einleitung; ihm stehen auch keine dahingehenden Ansprüche gegen die Betriebspartner zu.
10. Diese Schutzlosigkeit in dem Verfahren vor der Einigungsstelle ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

D.) Drittes Kapitel:

Anregung für die Tätigkeiten der Gewerkschaften, die sich aus den Untersuchungsergebnissen ergeben

Trotz der vorangegangenen Untersuchung über die Reaktionsmöglichkeiten von einzelnen Arbeitnehmern gegen die fehlerhafte Auswirkung von Mitbestimmungsrechten durch den Betriebsrat, bleiben die einzelnen Problemkreise umstritten. Angesichts der verschiedenen, teilweise gegensätzlichen Auffassungen - insbesondere im Bereich der Schadensersatzansprüche - wird der betroffene Arbeitnehmer das Prozeßrisiko, das von materiell- und prozeßrechtlichen Fragen abhängt, scheuen und von einem Verfahren gegen die einzelnen Betriebsratsmitglieder absehen.

Ziel dieses Abschnittes ist es daher, zu untersuchen, ob die Gewerkschaften im Rahmen der ihr von dem Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeiten zu einer Klärung der Probleme, das bedeutet hier vor allem eine Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Überprüfung, beitragen können. Dabei sollen zunächst Lösungsmodelle für die strittigen Punkte aufgezeigt werden und im Anschluß daran die Frage ihrer normativen Festschreibung untersucht werden.

I. Lösungsmodelle der strittigen Punkte

Das BetrVG 1972 geht von einem kooperativen Verhältnis von Gewerkschaft und Betriebsrat mit einer Rahmensetzungskompetenz der Tarifparteien aus (vgl. etwa §§ 87 Abs. 1, 77 Abs. 3 BetrVG) ¹. Dies ergibt sich in erster Linie aus der

¹ vgl. dazu ausführlich Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, S. 39 ff (56)

Berechtigung der Gewerkschaften, unter der Voraussetzung der Anforderung einer Minderheit oder einem Viertel der Betriebsratsmitglieder, an den Sitzungen des Betriebsrates oder an der der Betriebsvertretungen teilzunehmen (§§ 31; 46 Abs. 1,; 51 Abs. 1; 53 Abs. 3; 59 Abs. 1; 71; 73 Abs. 2 BetrVG). Daneben ergeben sich noch andere Rechte der Gewerkschaften, etwa die rechtzeitige Information über Betriebs- oder Abteilungsversammlungen (§ 46 Abs. 2 BetrVG) oder das Recht zu deren Einberufung unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 4 BetrVG. Zuletzt erfordert die einer Gewerkschaft nach § 23 Abs. 1 BetrVG eingeräumte Möglichkeit der Einleitung des Amtsenthebungsverfahrens eine mehr oder weniger genaue Kenntnis der Tätigkeit des Betriebsrates und der seiner einzelnen Mitglieder ¹. Außerdem ist das Verhältnis zwischen Gewerkschaften und Betriebsrat naturgemäß nicht in der Weise konfliktgeladen wie etwa das Verhältnis zu den Arbeitgeberverbänden, sondern basiert vielmehr auf einem Miteinander. Letztlich liegt es auch im Interesse des Betriebsrates bzw. seiner Mitglieder, die auch für sie unklare Rechtslage - insbesondere im Schadensersatzbereich können sich erhebliche Folgen ergeben - voraussehbar und vorausberechenbar zu machen.

Es ergibt sich zunächst die Möglichkeit für die Gewerkschaft, durch entsprechende Hinweise im Rahmen von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, zu denen die Betriebsratsmitglieder nach § 37 Abs. 2, 6, 7 BetrVG unter Entgeltfortzahlung freizustellen sind, die gewissenhafte, dem BetrVG entsprechende Ausübung der Mitwirkungsrechte zu verlangen bzw. die sich möglicherweise ergebenden Konsequenzen bei rechtswidrigem Handeln aufzuzeigen. Dies wäre die beste Lösung, da es in dem Fall gar nicht zu den erörterten Problemen kommt.

1 Müller in ZfA 1972, S. 213 (229 f)

Für den Fall, daß die geschilderten Konfliktsituationen trotzdem eintreten, soll zunächst untersucht werden, ob ein Einwirken der Gewerkschaft auf die Tätigkeit des Betriebsrates im Bereich der beiden sich aus der Ausübung der Mitwirkungsrechte ergebenden Verfahren möglich ist.

Im eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren ist der betroffene Arbeitnehmer Beteiligter im weiteren Sinne, womit eine Verbesserung seiner Stellung nicht erforderlich ist.

Wird das Beschlußverfahren vom Arbeitgeber nicht eingeleitet, so wäre es wünschenswert, daß der Betriebsrat dies tut. Das stößt aber zum einen auf den merkwürdigen Umstand, daß der Betriebsrat sich zunächst gegen den Arbeitnehmer äußert und dann das Verfahren gegen sich selbst einleitet, mit dem Ziel, die von ihm selbst verweigerte Zustimmung ersetzen zu lassen. Entscheidend ist vielmehr zum anderen, daß nach dem Gesetz nur der Arbeitgeber, nicht aber der Betriebsrat das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren einzuleiten in der Lage ist. Damit scheidet eine Einflußnahme durch die Gewerkschaft auf die Handlungsweise des Betriebsrat im Bereich des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens aus.

Das Verfahren vor der Einigungsstelle dagegen kann von beiden Betriebspartnern eingeleitet werden. Der Verfahrensablauf selbst ist außerdem - bis auf die Beschlußfassung - im BetrVG nicht geregelt. Er wird vielmehr, wenn auch keine den Ablauf regelnde Betriebsvereinbarung vorliegt, von der Einigungsstelle selbst, nicht aber von den Betriebspartnern oder dem Vorsitzenden allein festgelegt¹, bzw. steht weitgehend in ihrem pflichtgemäßen Ermessen². Das Gremium Einigungsstelle

1 Thiele in GK-BetrVG, 3. Bearb. 1982, § 76 Rdnr 70;
Dietz-Richardi Rdnr 72 zu § 76 BetrVG

2 Fitting/Auffahrt/Kaiser Rdnr 19 zu § 76 BetrVG

besteht aber gemäß § 76 Abs. 2 BetrVG neben dem unparteiischen Vorsitzenden aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern. Diese werden von Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt, womit die Beziehung Gewerkschaft - Betriebsrat - von dem Betriebsrat bestellte Beisitzer bei der Einigungsstelle hergestellt ist. Damit besteht für die Gewerkschaften die Möglichkeit, auf knapp die Hälfte der Mitglieder der Einigungsstelle im Hinblick auf den Verfahrensablauf einzuwirken.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß es wünschenswert erscheint, auch dem betroffenen Arbeitnehmer wenigstens ein dem § 83 Abs. 3 ArbGG vergleichbares Anhörungsrecht einzuräumen, um die Effektivität des Verfahrens vor der Einigungsstelle zu steigern. Dagegen scheitert ein Hinwirken auf ein eigenes Antragsrecht des betroffenen Arbeitnehmers an dem - wegen der primären Aufgabe der Einigungsstelle, betriebsverfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebspartnern zu schlichten - eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Durch die Anhörung und die wahrscheinlich damit verbundene Berücksichtigung der Arbeitnehmerstandpunkte werden aber Schadensersatzverfahren und die dadurch entstehenden Konflikte vermieden.

Im Schadensersatzbereich liegt der Schwerpunkt der Problematik der bestehenden gesetzlichen Regelung auf juristisch-dogmatischem Gebiet und entzieht sich damit der Einflußmöglichkeit der Gewerkschaften (und des Betriebsrates). Es kann allein auf einen Verzicht des Abstimmungsgeheimnisses hingewirkt werden, um dem betroffenen Arbeitnehmer die Beweisführung im Prozeß zu erleichtern.

II. Normierung der Lösungsvorschläge

Bei der Untersuchung einer Normierung dieser Einwirkungsmöglichkeiten besteht das Problem, daß die vom Gesetzgeber gedachten Regelwerke (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) nicht für die Beziehung zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat vorgesehen sind. Eine wie auch immer geartete, möglichst exakte Reglementierung bedeutet aber eine Vorhersehbarkeit der

Reaktion der Gerichte, weshalb ein Weg für die Festschreibung gefunden werden muß.

Gemäß § 76 Abs. 4 BetrVG können Einzelheiten des Verfahrens vor der Einigungsstelle durch eine Betriebsvereinbarung, die gemäß §§ 77 Abs. 4, Satz 1 BetrVG normative Wirkung hat, zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geregelt werden. Auf diese Weise wird eine Normierung des Anhörungsrechtes und damit eine Verbesserung der Stellung des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers erreicht. Dieser Betriebsvereinbarung stehen auch nicht die Regelungsschranken der § 87 Abs. 1 Satz 1, oder § 77 Abs. 3 BetrVG entgegen, weil die Einigungsstelle dem Betrieb als der verfaßten Einheit zugeordnet ist¹ und damit eine Regelung im Rahmen eines Tarifvertrages weder besteht noch üblich ist.

Für den Verzicht auf das Abstimmungsgeheimnis bleibt die Geschäftsordnung, die sich der Betriebsrat selbst gibt. Die Geschäftsordnung soll eine Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen bringen, also dort, wo Lücken vorhanden sind, diese ausfüllen oder dort, wo die Bestimmungen zu allgemein gehalten oder zweifelhaft sind, sie in sinnvoller Weise auslegen². Da das BetrVG die Art der Abstimmung nicht regelt, ist es insoweit lückenhaft und kann durch eine entsprechende Regelung in der Geschäftsordnung ergänzt werden.

Bei beiden Möglichkeiten fehlt aber die zwingende Einwirkung der Gewerkschaften auf eine entsprechende Handlungsweise der Betriebsräte, wenn man von der indirekten Einflußnahme bei der Betriebsratswahl absieht, indem sie etwa eine Vorschlags-

1 Leipold in Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, S. 273 (276)

2 Bobrowski in DB 1957, S. 21 zu § 36 BetrVG 1952; ebenso Dietz-Richardi RdNr 5 zu § 36 BetrVG 1972

liste, deren Angehörige diese Lösungsvorschläge in ihr Programm aufgenommen haben, unterstützt. Daneben kann eine Einflußnahme nur durch Schulung und Fortbildung der Betriebsratsmitglieder erreicht werden, welche neben dem primären Ziel, den Mitgliedern des Betriebsrates eine gleichwertige Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber zu verschaffen¹ auch zu einer umfassenden Information im Hinblick auf rechtmäßige Handlungsweise genutzt werden sollte. Denn die Betriebsverfassungsrechte entstanden und gelten letztlich, um dem einzelnen Arbeitnehmer der Belegschaft eine stärkere und geschützte Position zu verschaffen.

III. Weiterer Ausblick und Anregungen für die Tätigkeit der Gewerkschaft

Die dargestellten Untersuchungen und (dogmatischen) Lösungen der Reaktionsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber seinem Interessenvertreter Betriebsrat zeigen, daß die gesetzliche Grundlage - insbesondere für die Schadensersatzfrage - unzureichend und im Ergebnis mehr oder weniger vom Zufall abhängig ist. Durch die unklare Rechtslage und die Beweisschwierigkeiten wird der betroffene Arbeitnehmer wegen der mit einem Verfahren verbundenen Kosten den Gang zu den Gerichten scheuen². Dies dürfte auch ein Grund dafür sein, daß es zu diesem Problemkreis keine aktuelle Judikatur

1 Däubler, Das Arbeitsrecht, 6.6.1.3. (S. 225)

2 so beträgt z.B. bei einem Streitwert von 10.000,-- DM (ausgehend von einem Betrag von bis zu zwölf Monatsverdiensten nach §§ 9 Abs. 1, 10 Abs. 1 KschG) gegenwärtig eine Gerichtsgebühr 182,-- DM, eine Anwaltsgebühr 489,-- DM

gibt ¹. Aber die Tatsache, daß es auch im Haftungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, in dem es nicht an den Verfahrenskosten scheitern wird, nur sehr wenige Entscheidungen gibt, verdeutlicht die Schwierigkeiten im dogmatischen Bereich.

Aus diesen Gründen erscheint es erforderlich, die umfassende Neuregelung des Arbeitsrechts in einem Arbeitsgesetz, das in erster Linie eine normative Festschreibung der Judikatur sein wird, auch durch die Tätigkeit der Gewerkschaften voranzutreiben. Dabei könnten die Gewerkschaften versuchen, darauf hinzuwirken, daß im Rahmen der Regelung der Schadensersatzfrage die erörterten Probleme berücksichtigt werden. Es könnte dort insbesondere eine Beschränkung der Haftung auf grob fahrlässiges und/oder nur vorsätzliches Handeln vorgenommen werden, um die effektive Wahrnehmung der gesetzlichen Befugnisse durch den Betriebsrat nicht wegen der Befürchtung, Schadensersatzansprüchen bereits wegen fahrlässigen Handlungen ausgesetzt zu sein, zu beeinträchtigen, womit an die Stelle einer Interessenwahrnehmung lähmende Übervorsicht und Jasager-Mentalität träte ².

Berücksichtigt werden sollte dabei auch eine summenmäßige Beschränkung denkbarer Schadensersatzansprüche, weil nicht davon ausgegangen werden kann, daß in einem Schadensersatzprozeß die in der Literatur diskutierten Grenzen (einheitlich) angewendet werden.

1 vgl. etwa Däubler, Das Arbeitsrecht, 6.6.5. (S. 232); Nolting, Diss., S. 6 (Fußnote 1); Weiss in RdA 1974, S. 269 (Fußnote 1)

2 vgl. dazu Däubler, aaO mit Darstellung der sich daraus ergebenden Konsequenzen

Insbesondere sollte diese gesetzliche Regelung den Charakter einer Spezialnorm haben, womit eine Diskussion über andere, auf diesen Sachverhalt nicht zugeschnittene Anspruchsgrundlagen von vornherein ausscheidet.

Gedacht ist dabei an einen gesetzlich normierten Ausschluß anderer, nämlich der hier erörterten Schadensersatznormen.

Ein Beispiel für einen Schadensersatzanspruch einzelner Arbeitnehmer gegenüber ihren Interessenvertretern findet sich etwa im schwedischen Mitbestimmungsrecht. Aus § 54 des Gesetzes über die Mitbestimmung im Arbeitsleben vom 10. Juni 1976 (Lag om medbestämmande i arbetslivet - MBL) ¹ ergibt sich die grundsätzliche Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht von Arbeitgeber, Arbeitnehmern und sogenannten Organisationen. Es ist zwar zu beachten, daß Träger der Mitbestimmung in Schweden gewerkschaftliche Organisationen und nicht betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen nach der Art der Betriebsräte in Deutschland sind ². Außerdem hat man sich in Schweden nicht für eine gesetzlich normierte, sondern für eine tarifvertragliche Mitbestimmung entschlossen, um den Gewerkschaften und ihren Tarifpartnern einen möglichst großen Handlungsspielraum zu lassen ³.

Die unterschiedlichen Träger der Mitbestimmung wirken sich aber in der Praxis nicht aus, da der Organisationsgrad in Schweden bei den Arbeitern ca. 95 % und bei den Angestellten ca. 80 % beträgt.

1 das MBL ist abgedruckt bei Schmidt, S. 246 ff (§ 54 MBL auf S. 256)

2 Hanau, Mitbestimmung nach schwedischem Recht in Mitbestimmung der Arbeitnehmer ..., S. 89 (92)

3 Hanau aaO, S. 89 (91 f)

Trotz der Unterschiede in der gesetzlichen Ausgestaltung der Mitbestimmung zeigt die Tatsache, daß ein Arbeitnehmer, der Mitglied einer Gewerkschaft ist, diese in Anspruch nehmen kann, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ¹. Denn dieser Weg führt zu einer mittelbaren Kontrolle darüber, ob die Vereinigung die Interessen ihres Mitglieds in Verhandlungen mit der Arbeitgeberseite übergangen hat ².

Interessant erscheint auch die in § 60 Abs. 1 MBL ³ enthaltene Ein- bzw. Beschränkung des Schadensersatzes, wenn dies mit Rücksicht auf die geringe Schuld des Schädigers, das Verhältnis des Geschädigten in dem Streitfall, die Höhe des Schadens im Vergleich zu dem Vermögen des Schädigers oder sonstige Umstände angemessen ist. Auch wenn diese Norm für Arbeitgeber und die Organisationen des § 54 MBL in Betracht kommt, so zeigt sie doch, daß eine umfassende Interessenwahrnehmung nicht unter drohenden Schadensersatzansprüchen leiden soll.

Das Beispiel des schwedischen MBL sowie die oben vorgeschlagenen Regelungen zeigen, daß mit einer gesetzlichen Normierung allen Beteiligten am meisten gedient ist, ohne dabei irgendwelche Interessen zu beeinträchtigen. Weil dies eine vergleichbar einfache Konfliktlösung ist, sollten gerade die Gewerkschaften auf eine entsprechende Regelung (schnell) hinwirken. Denn die Entscheidung über das " Ob " und " Wie " der Haftung ist gleichzeitig, - ob man es will oder nicht - eine Entscheidung über die Stellung des Betriebsrates als Repräsentant von Arbeitnehmerinteressen ⁴. Diese Ent-

1 als Anspruchsgrundlage kommt daneben auch das Mitgliedschaftsverhältnis in Betracht

2 vgl. Schmidt IV. 4. (S. 52 f)

3 abgedruckt bei Schmidt, S. 246 (257)

4 Weiss in RdA 1974, Seite 269 (280)

scheidung sollte im Interesse aller Beteiligten durch eine normative Festschreibung durch den Gesetzgeber erfolgen und nicht einer Auseinandersetzung von Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben. Dieses voranzutreiben sollte eine der Aufgaben der Gewerkschaft sein.

A b s t r a c t

STEUDEL, WERNER:

VERFAHRENSRECHTLICHE MÖGLICHKEITEN BEI DER BEWÄLTIGUNG VON INTERESSENKONFLIKTEN ZWISCHEN DEM EINZELNEN ARBEITNEHMER UND DEM BETRIEBSRAT

Die ständige Erweiterung der Rechte des Betriebsrates ist nicht einhergegangen mit der Institutionalisierung von Kontroll- und Reaktionsmöglichkeiten der repräsentierten Arbeitnehmer, die mit einem Verhalten ihres Interessenvertreters nicht einverstanden sind.

Da dem einzelnen Arbeitnehmer keine originären Leistungsansprüche gegenüber dem Betriebsrat zustehen und auch Schadensersatzansprüche wegen materiell-rechtlicher und verfahrens-rechtlicher Probleme nicht erfolgreich geltendgemacht werden können, wurde untersucht, ob es prozessuale Möglichkeiten für den einzelnen Arbeitnehmer gibt, die sich unmittelbar gegen Entscheidungen des Betriebsrates richten.

Der betroffene Arbeitnehmer ist im eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nur Beteiligter im weiteren Sinne und damit lediglich anhörungsberechtigt. Er hat aber weder ein eigenes Antragsrecht zur Einleitung des Beschlußverfahrens noch stehen ihm dahingehende Ansprüche gegen die Betriebspartner zu. Diese fehlende Möglichkeit zur Einleitung einer gerichtlichen Überprüfung über das tatsächliche Vorliegen der Gründe, die den Betriebsrat zu Mitbestimmungshandlungen berechtigen, ist wegen der Verstöße gegen das Gebot des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie das Übermaßverbot verfassungswidrig.

Die gleiche Schutzlosigkeit ist in dem Verfahren vor der Einigungsstelle verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Tabellarischer Lebenslauf

Name:	Werner Steudel
Geburtsdatum/-ort:	2. September 1955 in Kelkheim/Taunus
Familienstand:	ledig
Staatsangehörigkeit:	deutsch
Ausbildung:	- Abitur, Taunusgymnasium Königstein (28. Mai 1974) - Erstes Juristische Staatsexamen, Universität Mainz (13. März 1981) - Zweites Juristisches Staatsexamen, Justizprüfungsamt Mainz (12. April 1981)
jetziges Arbeitsgebiet:	Syndikus im Unternehmerverband Ruhr-Niederrhein / Duisburg

